المُقْنِع

لموفَّق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قُدامة المقدسيّ

٥٤١ - ٦٢٠هـ

و :

الشَّرحُ الكبيرُ

لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسيّ

٥٩٧ - ٦٨٢هـ

ومعهما :

الإنصَاف

في معرفةِ الراجحِ مِنَ الخِلافِ

لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المَرْداوِيّ

٨١٧ - ٨٨٥هـ

تحقيق

الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي

الجزء الخامس عشر

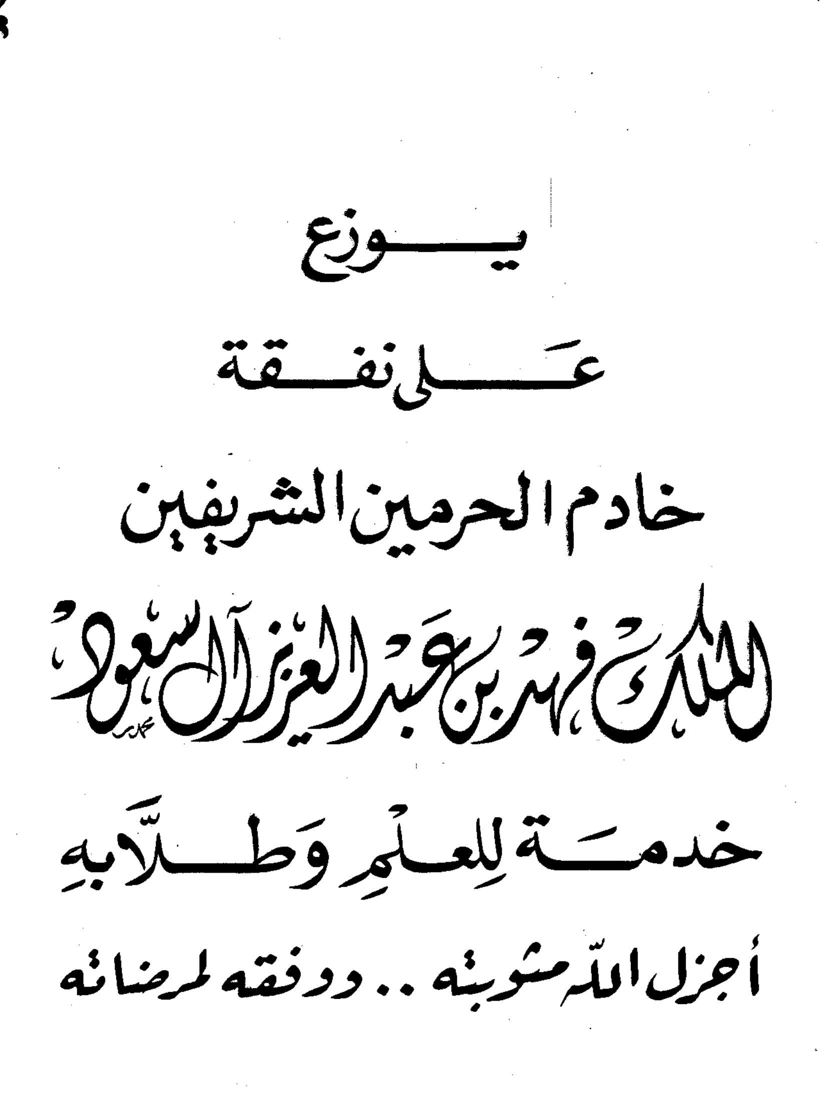
السَّبْق - العاريَّة - الغصب - الشفعة

هجر

للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

الطبعة الأولى
١٤١٥هـ = ١٩٩٥م

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر – المهندسين – جيزة
☎ ٣٤٥٢٥٧٩ – فاكس ٣٤٥١٧٥٦
المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل
أرض اللواء – ☎ ٣٤٥٢٩٦٣
ص . ب ٦٣ إمبابة


يـــوزع
عـــلى نفـــقة
خادم الحرمين الشريفين
الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود
خدمة للعلم وطلابه
أجزل الله مثوبته .. ووفقه لمرضاته



بسم الله الرحمن الرحيم

المقنع

بَابُ السَّبْقِ

تَجُوزُ الْمُسَابَقَةُ عَلَى الدَّوَابِّ ، وَالْأَقْدَامِ ، وَسَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ ، وَالسُّفُنِ ، وَالْمَزَارِيقِ ، وَغَيْرِهَا .

الشرح الكبير

بَابُ السَّبْقِ

٢٢٢٦ – مسألة : (تَجُوزُ المُسابَقَةُ على الدَّوابِّ ، والأقْدامِ) والخَيْلِ (والسُّفُنِ والمَزارِيقِ[1] ، وسائِرِ الحَيوانات) والأصْلُ فى ذلك السُّنَّةُ والإِجْماعُ ؛ أمّا السُّنَّةُ ، فرَوَى ابنُ عُمَرَ أنَّ النبىَّ ﷺ سابَقَ بينَ الخَيْلِ المُضْمَرَةِ[2] مِن الْحَفْياءِ إلى ثَنِيَّةِ الوَداعِ ، وبينَ التى لم تُضْمَرْ

الإنصاف

باب السَّبْقِ

قوله : تَجُوزُ المُسابَقَةُ على الدَّوابِّ ، والأَقْدامِ ، وسائِرِ الحَيَواناتِ ، والسُّفُنِ ، والمَزاريقِ ، وغيرِها . يعْنِى ، يجوزُ ذلك بلا عِوَضٍ . وهذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقال الآمِدِىُّ : يجوزُ فى ذلك كلِّه إلَّا بالحَمامِ . وقيلَ : إلَّا بالحَمامِ والطَّيْرِ . وقال فى « الرِّعايةِ الكُبْرَى » : ويصِحُّ السَّبْقُ بلا عِوَضٍ على أقْدامٍ ، وبِغالٍ ، وحَمِيرٍ . وقيل : وبَقَرٍ ، وغَنَمٍ ، وطُيورٍ ،

---

(١) المزاريق : الرماح القصيرة .

(٢) المضمرة : التى قلل علفها ، وأدخلت بيتا كنينا ، وجُلِّلت فيه لتعرق ويجف عرقها ، فيخف لحمها وتقوى على الجرى .

الشرح الكبير

مِن (1)ثَنِيَّةِ الوَداعِ(1) إلى مَسْجِدِ بنى زُرَيْقٍ . مُتَّفَقٌ عليه(2) . قال موسى بنُ عُقْبَةَ : مِن(3) الحَفْياءِ إلى ثَنِيَّةِ الوَداعِ سِتَّةُ أمْيالٍ أو سَبْعَةُ أمْيالٍ . وقال سُفْيانُ : مِن الثَّنِيَّةِ إلى مَسْجِدِ بنى زُرَيْقٍ مِيلٌ أو نَحْوُه . وأجْمَعَ المسلمون على جَوازِ المُسابَقَةِ فى الجُمْلَةِ . والمُسابَقَةُ على ضَرْبَيْن ؛ مُسابَقَةٌ بغيرِ

الإنصاف

ورِماحٍ ، وحِرابٍ ، ومَزارِيقَ ، وشُخُوتٍ ، ومَجانيقَ ، ورَمْىِ أحْجارٍ ، وسُفُنٍ ، وَمقالِيعَ . وقال فى « الرِّعايةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : وفى الطُّيورِ وَجْهان . ويأْتِى كلامُه فى « الرَّوْضَةِ » . وقال فى « الفُروعِ » : وكَرِهَ أبو بَكْرٍ الرَّمْىَ عن قَوْسٍ فارِسِيَّةٍ . وقال فى « الفائقِ » : ومنَع منه أبو بَكْرٍ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، فى كَراهَةِ لَعِبٍ غيرِ مُعِينٍ على عَدُوٍّ ، وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . قلتُ : الأَوْلَى الكَراهَةُ ، اللَّهُمَّ إلَّا أنْ يكونَ له فى ذلك قَصْدٌ حَسَنٌ . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : وكلُّ ما يُسَمَّى لَعِبًا مَكْرُوهٌ ، إلَّا ما كان مُعِينًا على قِتالِ العَدُوِّ . ذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ ، واقْتَصرَ عليه . وذكَر فى « الوَسِيلَةِ » ، يُكْرَهُ

(1 - 1) فى ر 1 ، م : « الثنية » .

(2) أخرجه البخارى ، فى : باب هل يقال : مسجد بنى فلان ؟ من كتاب الصلاة ، وفى : باب إضمار الخيل للسبق ...، من كتاب الجهاد ، وفى : باب ما ذكر النبى ﷺ ، وحَضَّ على اتفاق أهل العلم ...، من كتاب الاعتصام . صحيح البخارى 1/114 ، 4/38 ، 9/129 . ومسلم ، فى : باب المسابقة بين الخيل وتضميرها ، من كتاب الإمارة . صحيح مسلم 3/1491 .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرهان والسبق ، من أبواب الجهاد . عارضة الأحوذى 7/189 ، 190 . والنسائى ، فى : باب غاية السبق للتى لم تضمر ، وباب إضمار الخيل للسبق ، من كتاب الجهاد . المجتبى 6/187 ، 188 . وابن ماجه ، فى : باب السبق والرهان ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه 2/960 . والدارمى ، فى : باب فى السبق ، من كتاب الجهاد . سنن الدارمى 2/212 . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الخيل والمسابقة بينها ... ، من كتاب الجهاد . الموطأ 2/467 ، 468 .

(3) فى م : « بين » .

الشرح الكبير

عِوَضٍ ، [٢٤٧/٤و] ومُسابَقَةٌ بعوَضٍ . فأمّا المسابَقَةُ بغيرِ عِوَضٍ ، فتَجُوزُ مُطْلَقًا مِن غيرِ تَقْييدٍ بشيءٍ مُعَيَّنٍ ؛ كالمُسابَقَةِ على الأقْدامِ ، والسُّفُنِ ، والطُّيورِ ، والبِغالِ ، والحُمُرِ ، والفِيَلَةِ ، والمَزاريقِ . وتَجُوزُ المُصارَعَةُ ، ورَفْعُ الحِجارَةِ ؛ ليُعْرَفَ الأشَدُّ ، وغيرُ هذا ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ كان مع عائشةَ فى سَفَرٍ ، فسابَقَتْه على رِجْلِها فسَبَقَتْه ، قالت : فلَمّا حَمَلْتُ اللَّحْمَ سابَقْتُه فسَبَقَنِى ، فقال : « هَذِهِ بِتِلْكَ » . رَواه أبو داودَ[1] . وسابَقَ سَلَمَةُ بنُ الأكْوَعِ رجلًا مِن الأنْصارِ بينَ يَدَىِ النبيِّ ﷺ فى يَوْمِ

الإنصاف

الرَّقْصُ واللَّعِبُ كلُّه ، ومَجالِسُ الشِّعْرِ . وذكَر ابنُ عَقِيلٍ وغيرُه ، يُكْرَهُ لَعِبُه بأُرْجُوحَةٍ ، ونحوِها . وقال أيضًا : لا يُمْكِنُ القَوْلُ بكَراهَةِ اللَّعِبِ مُطْلَقًا . وقال الآجُرِّىُّ فى « النَّصِيحَةِ » : مَن وَثَبَ وَثْبَةً مَرَحًا ولَعِبًا بلا نَفْعٍ ، فانْقَلَبَ ، فذَهَبَ عقلُه ، عَصَى ، وقَضَى الصَّلاةَ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : يجوزُ ما قد يكونُ فيه مَنْفَعَةٌ بلا مَضَرَّةٍ . قال فى « الفُروعِ » : وظاهِرُ كلامِه ، لا يجوزُ اللَّعِبُ المَعْروفُ بالطَّابِ والنَّقيلَةِ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ أيضًا : كلُّ فِعْلٍ أفْضَى إلى مُحَرَّمٍ كثيرًا ، حرَّمه الشَّارِعُ ، إذا لم يكُنْ فيه مَصْلَحَةٌ ؛ لأنَّه يكُونُ سَبَبًا للشَّرِّ والفَسادِ . وقال أيضًا : ما ألْهَى وشغَلَ عمَّا أمَرَ اللهُ به ، فهو مَنْهِىٌّ عنه ، وإنْ لم يَحْرُمْ جِنْسُه ؛ كبَيْعٍ وتِجارَةٍ ونحوِها . الثَّانيةُ ، يُسْتَحَبُّ اللَّعِبُ بآلَةِ الحَرْبِ . قال جماعةٌ : والثِّقافِ . نقَل أبو داودَ ، لا يُعْجِبُنِى أنْ يتَعَلَّمَ بسَيْفٍ حديدٍ ، بل بسَيْفٍ خَشَبٍ . وليس مِنَ اللَّهْوِ المُحَرَّمِ تأديبُ فرَسِه ، ومُلاعَبَةُ أهْلِه ، ورَمْيُه عن قَوْسِه ؛ للحديثِ

(١) فى : باب فى السبق على الرِّجل ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢/ ٢٨ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٢٦٤ .

المقنع وَلَا تَجُوزُ بِعِوَضٍ ، إِلَّا فِى الْخَيْلِ ، وَالْإِبِلِ ، وَالسِّهَامِ ،....

الشرح الكبير ذى قَرَدٍ[1] . وصارَعَ النبىُّ ﷺ رُكانَةَ فصرَعَه . رَواه التِّرْمِذِىُّ[2] . ومَرَّ بقَوْمٍ يَرْبَعُونَ حَجَرًا – يَعْنِى يَرْفَعُونَه – لِيَعْرِفُوا الأَشَدَّ منهم ، فلم يُنْكِرْ عليهم[3] . وسائِرُ المُسابَقَةِ يُقاسُ على هذا .

٢٢٢٧ – مسألة : (ولا تَجُوزُ بعِوَضٍ ، إِلَّا فى الخَيْلِ ، والإِبِلِ ، والسِّهامِ) لِما رُوِىَ أَنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَا سَبْقَ إِلَّا فِى نَصْلٍ ، أَوْ

الإنصاف الوارِدِ فى ذلك[4] . وقال الزَّرْكَشِىُّ : ويجوزُ الصِّراعُ ، ورَفْعُ الحِجارَةِ ؛ لِيُعْرَفَ الأَشَدُّ .

قوله : ولا تَجُوزُ بعِوَضٍ ، إِلَّا فى الخَيْلِ ، والإِبِلِ ، والسِّهامِ . هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وذكَر ابنُ البَنَّا وَجْهًا ، يجوزُ بعِوَضٍ فى الطَّيْرِ المُعَدَّةِ لأخْبارِ الأعْداءِ . انتهى . وذكَر فى « النَّظْمِ » وَجْهًا بعيدًا ، يجوزُ بعِوَضٍ فى الفِيَلَةِ . وقد صارَع النَّبِىُّ ﷺ رُكانَةَ على شاةٍ ، فصَرَعَه ، ثم عادَ مِرارًا فصَرَعَه ، فأَسْلَمَ ، فرَدَّ عليه غنَمَه . رَواه أبو داودَ فى « مَراسِيلِه »[5] . قال فى « الفُروعِ » : وهذا وغيرُه مع الكُفَّارِ ، مِن جِنْسِ جِهادِهم ، فهو فى مَعْنَى

---

(١) ذو قرد : ماء نحو يوم من المدينة ، مما يلى بلاد غطفان .
والحديث أخرجه مسلم ، فى : باب غزوة ذى قرد وغيرها ، من كتاب الجهاد . صحيح مسلم ٣/١٤٣٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٥٣ .

(٢) فى : باب العمائم على القلانس ، من أبواب اللباس . عارضة الأحوذى ٧/٢٧٨ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى العمائم ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢/٣٧٦ .

(٣) ذكره أبو عبيد ، فى : غريب الحديث ١/١٥ ، ١٦ .

(٤) يأتى فى صفحة ١٠ .

(٥) فى : باب فى فضل الجهاد ، من كتاب الجهاد . المراسيل ١٧٥ .

الشرح الكبير

خُفٍّ ، أَوْ حَافِرٍ » . رَواه أبو داودَ[1] . فالسَّبْقُ بسُكُونِ البـاءِ ؛ المُسابَقَةُ ، والسَّبَقُ بفَتْحِها ؛ الجُعْلُ[2] المُخْرَجُ فى المُسابَقَـةِ . واخْتَصَّتْ هذه الثَّلاثَةُ بتَجْوِيزِ العِوَضِ فيها ؛ لأنَّها مِن آلاتِ الحَرْبِ المَأْمُورِ بتَعَلُّمِها وإحْكامِها والتَّنَوُّقِ[3] فيها . وفى المُسابَقَةِ بها مع العِوَضِ مُبالَغَةٌ فى الاجْتِهادِ فيها والإِحْكامِ لها ، وقد وَرَد الشَّرْعُ بالأَمْرِ بها والتَّرْغِيبِ فى فِعْلِها ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ ٱللهِ وَعَدُوَّكُمْ ﴾[4] . وقال النبيُّ ﷺ : « أَلَا إِنَّ الْقُوَّةَ الرَّمْىُ ، أَلَا إِنَّ الْقُوَّةَ الرَّمْىُ » . (5)رَواه مسلمٌ(5) .

الإنصاف

الثَّلاثَةِ المذْكُورَةِ ، فإنَّ جِنْسَها جِهادٌ ، وهى مَذْمومَةٌ ، إذا أُرِيدَ بها الفَخْرُ والخُيَلاءُ والظُّلْمُ . والصِّراعُ ، والسَّبْقُ بالأَقْدامِ ، ونحوُهما ، طاعَةٌ ، إذا قُصِدَ بها نَصْرُ الإِسْلامِ ، وأَخْذُ العِوَضِ عليه أخْذٌ بالحَقِّ ، فالمُغالَبَةُ الجائِزَةُ تَحِلُّ بالعِوَضِ ، إذا كانتْ ممَّا يُعِينُ على الدِّينِ ، كما فى مُراهَنَةِ أَبِى بَكْرٍ الصِّدِّيقِ رَضِىَ اللهُ عنه .

---

(1) فى : باب فى السبق ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢٨/٢ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرهان والسبق ، من أبواب الجهاد . عارضة الأحوذى ١٩٢/٧ . والنسائى ، فى : باب السبق ، من كتاب الخيل . المجتبى ١٨٨/٦ . وابن ماجه ، فى : باب السبق والرهان ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٩٦٠/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٥٦/٢ ، ٣٥٨ ، ٣٨٥ ، ٤٧٤ .

(2) زيادة من : م .

(3) فى م : « التفوق » . والتنوق : المبالغة فى الإجادة .

(4) سورة الأنفال ٦٠ .

(5 - 5) سقط من : تش ، ر ١ ، م .

والحديث أخرجه مسلم ، فى : باب فضل الرمى والحث عليه ، ... ، من كتاب الإمارة . صحيح مسلم ١٥٢٢/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى الرمى ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ١٣/٢ . والترمذى ، فى : باب سورة الأنفال ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ٢١٤/١١ . وابن ماجه ، فى : باب الرمى فى سبيل الله ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٩٤٠/٢ . والدارمى فى : باب فى فضل الرمى ... ، من كتاب الجهاد . سنن الدارمى ٢٠٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٥٧/٤ .

الشرح الكبير

وروَى سعيدٌ ، فى « سُنَنِه »[1] عن خالِدِ بن زيدٍ ، قال : كُنْتُ رجلًا رامِيًا ، وكان عُقْبَةُ بنُ عامِرٍ الجُهَنِىُّ[2] يَمُرُّ فيقولُ : يا خالدُ ، اخْرُجْ بنا نَرْمِى . فلَمّا كان ذاتَ يومٍ ، أبْطَأْتُ عنه ، فقال : هَلُمَّ أُحَدِّثْكَ حَدِيثًا سَمِعْتُه مِن رسولِ اللهِ ﷺ ، سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقولُ : « إنَّ اللهَ يُدْخِلُ بِالسَّهْمِ الْوَاحِدِ ثَلَاثَةً الْجَنَّةَ ؛ صَانِعَهُ يَحْتَسِبُ فى صَنْعَتِهِ الْخَيْرَ ، والرَّامِىَ بِهِ ، ومُنْبِلَهُ ، ارْمُوا وَارْكَبُوا ، وَأَنْ تَرْمُوا أَحَبُّ إِلَىَّ مِنْ أَنْ تَرْكَبُوا ، وَلَيْسَ مِنَ اللَّهْوِ إِلَّا ثَلَاثٌ ؛ تَأْدِيبُ الرَّجُلِ فَرَسَهُ ، وَمُلَاعَبَتُهُ أَهْلَهُ ، وَرَمْيُهُ بِقَوْسِهِ وَنَبْلِهِ ، ومَنْ تَرَكَ الرَّمْىَ بَعْدَ مَا عَلِمَهُ رَغْبَةً عَنْهُ ، فَإِنَّهَا [٤/٢٤٧ظ] نِعْمَةٌ تَرَكَهَا » . رَواه أبو داودَ[3] . وعن مُجاهِدٍ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إنَّ الْمَلَائِكَةَ لَا تَحْضُرُ مِنْ لَهْوِكُمْ إِلَّا الرِّهَانَ وَالنِّضَالَ »[4] . قال الأزْهَرِىُّ : النِّضالُ فى الرَّمْىِ ، والرِّهانُ فى الخَيْلِ ، والسِّباقُ فيهما .

الإنصاف

[٢/١٨١و] واخْتارَ هذا كلَّه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، وذكَر أنَّه أحدُ الوَجْهَيْن عندَنا ، مُعْتَمِدًا على ما ذكَرَه ابنُ البَنَّا . قال فى « الفُروعِ » : وظاهِرُه جَوازُ المُراهَنَةِ

(١) فى : باب ما جاء فى الرمى وفضله ، من كتاب الجهاد . السنن ٢/١٧١ .

(٢) فى الأصل : « الجهمى » خطأ .

(٣) فى : باب فى الرمى ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢/١٢ ، ١٣ . كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى فضل الرمى فى سبيل الله ، من أبواب فضائل الجهاد . عارضة الأحوذى ٧/١٣٥ ، ١٣٦ . والنسائى . فى : باب ثواب من رمى بسهم ... ، من كتاب الجهاد . وفى : باب تأديب الرجل فرسه ، من كتاب الخيل . المجتبى ٦/٢٤ ، ١٨٥ . وابن ماجه ، فى : باب الرمى فى سبيل الله ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢/٩٤٠ . والدارمى ، فى : باب فى فضل الرمى والأمر به ، من كتاب الجهاد . سنن الدارمى ٢/٢٠٤ ، ٢٠٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/١٤٤ ، ١٤٦ ، ١٤٨ .

(٤) أخرجه سعيد بن منصور ، فى الباب السابق . السنن ٢/١٧٢ .

الشرح الكبير

وقال مُجاهِدٌ : أدْرَكْتُ[١] ابنَ عُمَرَ يَشْتَدُّ بينَ الهَدَفَيْن ، إذا أصاب خَصْلَةً قال : أنا بها ، أنا بها . وعن حُذَيْفَةَ مِثْلُه[٢] . فلا تَجُوزُ المُسابَقَةُ بِعِوَضٍ إلَّا فى هذه الثلاثَةِ . وبهذا قال الزُّهْرِىُّ ، ومالِكٌ . وقال أهلُ العِراقِ : يَجُوزُ[٣] ذلك فى المُسابَقَةِ على الأقْدامِ ، والمُصارَعَةِ ؛ لوُرُودِ الأثَرِ بهما ؛ فإنَّ النبىَّ ﷺ سابَقَ عائشةَ ، وصارَعَ رُكانَةَ[٤] . ولأصْحابِ الشافعىِّ وَجْهان ، كالمَذْهَبَيْن . ولهم فى المُسابَقَةِ بالطُّيورِ والسُّفُنِ وَجْهان ، بِناءً على الوَجْهَيْن فى المُسابَقَةِ على الأقْدامِ والمُصارَعَةِ . ولَنا ، ما ذَكَرْنا مِن الحديثِ ، فنَفَى السَّبْقَ فى غيرِ هذه الثلاثَةِ . ويَحْتَمِلُ أنَّه أراد به نَفْىَ الجُعْلِ ، أى لا يَجُوزُ الجُعْلُ إلَّا فى هذه الثلاثَةِ . ويَحْتَمِلُ أن يُرادَ به نَفْىُ المُسابَقَةِ بعِوَضٍ ، فإنَّه يَتَعَيَّنُ حَمْلُ الخَبَرِ على أحَدِ الأمْرَيْن ؛ للإجْماعِ على جَوازِ المُسابَقَةِ بغيرِ عِوَضٍ فى غيرِ هذه الثلاثَةِ ، وعلى كلٍّ

الإنصاف

بعِوَضٍ ، فى بابِ العِلْمِ ، لقِيامِ الدِّينِ بالجِهادِ والعِلْمِ . وهذا ظاهِرُ اخْتِيارِ صاحبِ « الفُروعِ » . وهو حسَنٌ . وقال فى « الرَّوْضَةِ » : السَّبْقُ يخْتَصُّ بثَلاثَةِ أنواعٍ ؛ الحافِرُ ، فيَعُمُّ كلَّ ذِى حافِرٍ ، والخُفُّ ، فيَعُمُّ كلَّ ذِى خُفٍّ ، والنَّصْلُ ، فيَخْتَصُّ النُّشَّابَ والنَّبْلَ ، ولا يصِحُّ السَّبْقُ والرَّمْىُ فى غيرِها ، مع الجُعْلِ وعدَمِه . قال فى « الفُروعِ » : كذا قال ، ولتَعْمِيمِه وَجْهٌ ، ويَتَوَجَّهُ عليه تَعْمِيمُ النَّصْلِ . انتهى .

---

(١) فى الأصل : « إذا ركب » .

(٢) أخرجهما سعيد بن منصور ، فى الباب السابق . السنن ٢/١٧٢ ، ١٧٣ .

(٣) فى م : « نحو » .

(٤) تقدم تخريجهما فى صفحة ٧ ، ٨ .

الشرح الكبير

تَقْديرٍ فالحديثُ حُجَّةٌ لَنا . ولأنَّ غيرَ هذه الثلاثةِ لا يُحْتاجُ إليها فى الجِهادِ كالحاجَةِ إلى الثلاثةِ ، فلم تَجُزِ المُسابَقَةُ عليها بعِوَضٍ ، كالرَّمْىِ بالحِجَارَةِ ورَفْعِها . إذا ثَبَت هذا ، فالمُرادُ بالنَّصْلِ السِّهامُ مِن النُّشَّابِ والنَّبْلِ (1)دُونَ غيرِها(1) ، وبالحافِرِ الخَيْلُ وَحْدَها ، وبالخُفِّ الإِبلُ خاصَّةً . وقال أصْحابُ الشافعىِّ : تَجُوزُ المُسابَقَةُ بكلِّ ما له نَصْلٌ مِن المَزارِيقِ ، وفى الرُّمْحِ والسَّيْفِ وَجْهان ، وفى الفِيلِ والبِغالِ والحَمِيرِ وَجْهان ؛ لأنَّ للمَزارِيقِ والرِّماحِ والسُّيُوفِ نَصْلًا ، وللفِيلِ خُفًّا ، وللبِغالِ والحميرِ حَوافِرَ ، فتَدْخُلُ فى عُمُومِ الخبرِ . ولَنا ، أنَّ هذه الحَيَواناتِ المُخْتَلَفِ فيها لا تَصْلُحُ للكَرِّ والفَرِّ ، ولا يُقاتَلُ عليها ، ولا يُسْهَمُ لها ، والفِيلُ لا يُقاتِلُ عليه أهلُ الإِسلامِ ، والرِّماحُ والسُّيُوفُ لا يُرْمَى بها ، فلم تَجُزِ المُسابَقَةُ عليها ، كالبَقَرِ والتِّراسِ(2) ، والخَبَرُ ليس بعامٍّ فيما تَجُوزُ المُسابَقَةُ به ، لأنَّه نَكِرَةٌ فى إثْباتٍ ، وإنَّما هو عامٌّ فى نَفْىِ ما لا تجوزُ المُسابَقَةُ به بعِوَضٍ ؛ لكَوْنِه نَكِرَةً فى سِياقِ النَّفْىِ ، ثم لو كان عامًّا ، لحُمِلَ على ما عُهِدَت المُسابَقَةُ عليه [٢٤٨/٤و] ووَرَد الشَّرْعُ بالحَثِّ على تَعَلُّمِه ، وهو ما ذَكَرْناه .

(١ - ١) فى م : « وغيرها » .

(٢) التراس : جمع الترس .

المقنع

بِشُرُوطٍ خَمْسَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، تَعْيِينُ الْمَرْكُوبِ وَالرُّمَاةِ ، سَوَاءٌ كَانَا اثْنَيْنِ أَوْ جَمَاعَتَيْنِ . وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الرَّاكِبَيْنِ ، وَلَا الْقَوْسَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٢٢٨ – مسألة : ولا تَصِحُّ إلَّا (بشُرُوطٍ خَمْسَةٍ ؛ أحَدُها ، تَعْيِينُ المَرْكُوبِ والرُّماةِ) لأنَّ القَصْدَ مَعْرِفَةُ جَوْهَرِ الدّابَّتَيْن وسُرْعَةِ عَدْوِهما ، ومَعْرِفَةُ حِذْقِ الرُّماةِ ، ولا يَحْصُلُ إلَّا بالتَّعْيِين ؛ لأنَّ المَقْصُودَ مَعْرِفَةُ حِذْقِ رامٍ بعَيْنِه ، لا مَعْرِفَةُ حِذْقِ رامٍ فى الجُمْلَةِ ، فلو عَقَدَ اثْنانِ نِضالًا على أنَّ مع كلِّ واحِدٍ منهما ثلاثةً غيرَ مُتَعَيِّنِين ، لم يَجُزْ ؛ لذلك .

٢٢٢٩ – مسألة : (ولا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الرّاكِبَيْن ولا القَوْسَيْن) لا يُشْتَرطُ تَعْيِينُ القَوْسِ ولا السِّهامِ فى المُناضَلَةِ ، ولو عَيَّنَها لم تَتَعَيَّنْ ؛ لأنَّ القَصْدَ مَعْرِفَةُ الحِذْقِ ، وهو لا يَخْتَلِفُ إلَّا بالرّامِى[1] دُونَ القَوْسِ والسِّهامِ . وفى الرِّهانِ يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الحَيَوانِ الذى يُسابَقُ به ؛ لِما ذَكَرْنا . ولا يُعْتَبَرُ تَعْيِينُ الرّاكِبِ ؛ لأنَّ المَقْصودَ مَعْرِفَةُ عَدْوِ الفَرَسِ ، لا حِذْقِ الرّاكِبِ . وكلُّ ما يَتَعَيَّنُ لا يَجُوزُ إبْدالُه ، كالمُتَعَيِّنِ فى البَيْعِ . وما لا يَتَعَيَّنُ يَجُوزُ إبْدالُه لعُذْرٍ وغيرِه . فعلى هذا ، إن شَرَطا أن لا يَرْمِىَ بغيرِ هذا القَوْسِ ، ولا بغيرِ هذا السَّهْمِ ، أو لا يَرْكَبَ غيرُ هذا الرّاكِبِ ، فهى شُرُوطٌ فاسِدَةٌ ؛ لأنَّها[2] تُنافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ، فهو كما لو شَرَط إصابَةً بإصابَتَيْن .

الإنصاف

فائدة : قَوْلُه فى الشُّرُوطِ : أَحَدُها ، تَعْيِينُ المَرْكُوبِ – يَعْنِى ، بالرُّؤْيَةِ –

---

(١) فى م : « بالرمى » .

(٢) فى تش ، م : « وهى » .

المقنع

الثَّانِى ، أَنْ يَكُونَ الْمَرْكُوبَانِ وَالْقَوْسَانِ مِنْ نَوْعٍ وَاحِدٍ ، فَلَا يَجُوزُ بَيْنَ عَرَبِىٍّ وَهَجِينٍ ، وَلَا بَيْنَ قَوْسٍ عَرَبِيَّةٍ وَفَارِسِيَّةٍ . وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازُ .

الشرح الكبير

فصل : ويَجُوزُ عَقْدُ النِّضالِ على اثْنَيْن ، وعلى جماعَةٍ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ مَرَّ على أصْحابٍ له يَنْتَضِلُون ، فقال : « ارْمُوا ، وأنا مَعَ ابنِ الأدْرَعِ » . فأمْسَكَ الآخَرُون ، وقالُوا : كيف نَرْمِى وأنت مع ابنِ الأدْرَعِ ؟ فقال : « ارْمُوا ، وَأَنَا مَعَكُمْ كُلِّكُمْ » . رَواه البُخارِىُّ[1] . ولأنَّه إذا جاز أن يَكُونا اثْنَيْن ، جاز أن يَكُونا جَماعَتَيْن ؛ لأنَّ المَقْصُودَ مَعْرِفَةُ الحِذْقِ ، وهو يَحْصُلُ فى الجَماعَتَيْن . وكذلك فى سِباقِ الخَيْلِ ، وقد ثَبَت أنَّ النبىَّ ﷺ سابَقَ بينَ الخَيْلِ المُضْمَرَةِ ، وبينَ الخَيْلِ التى لم تُضْمَرْ[2] .

٢٢٣٠ - مسألة : (الثّانِى ، أن يَكُونَ المَرْكُوبان والقَوْسان مِن نَوْعٍ واحِدٍ ، فلا يَجُوزُ بينَ عَرَبِىٍّ وهَجِينٍ ، ولا بينَ قَوْسٍ عَرَبِيَّةٍ وفارِسِيَّةٍ . ويَحْتَمِلُ الجَوازُ) إذا كانا مِن جِنْسَيْن ، كالفَرَسِ والبَعِيرِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ البَعِيرَ لا يَكادُ يَسْبِقُ الفَرَسَ ، فلا يَحْصُلُ الغَرَضُ مِن هذه

الإنصاف

والرُّماةِ ، سَواءٌ كانا اثْنَيْن أو جَماعَتَين . بلا نِزاعٍ . لكِنْ قال فى « التَّرْغِيبِ » : فى عدَدِ الرُّماةِ وَجْهان .

قوله : الثّانى ، أنْ يَكُونَ المَرْكُوبان مِن نَوْعٍ واحِدٍ ، فلا يَجُوزُ بينَ عَرَبِىٍّ

---

(١) فى : باب التحريض على الرمى ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ واذكر فى الكتاب إسماعيل إنه كان صادق الوعد ﴾ ، من كتاب الأنبياء ، وفى : باب نسبة اليمن إلى إسماعيل ... ، من كتاب المناقب . صحيح البخارى ٤/ ٤٥ ، ٤٦ ، ١٧٩ ، ٢١٩ . كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٤/ ٥٠ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٦ .

الشرح الكبير

الْمُسابَقَةِ . فإن كانا مِن نَوْعَيْن ؛ كالعَرَبِىِّ والهَجِينِ ، والبُخْتِىِّ والعِرابِىِّ[1] ، ففيه وَجْهان ؛ أَحَدُهما ، لا يَصِحُّ . ذَكَرَه أبو الخَطّابِ ؛ لأنَّ التَّفاوُتَ بينَهما فى الجَرْىِ مَعْلُومٌ بحُكْمِ العادَةِ ، فأشْبَها الجِنْسَيْن . والثانى ، يَصِحُّ . ذَكَرَه القاضى . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ، [2]لأنَّهما مِن جِنْسٍ واحِدٍ ، وقد يَسْبِقُ كلُّ واحِدٍ منهما الآخَرَ ، والضّابِطُ الجِنْسُ ، وقد وُجِدَ ، ويَكْفِى فى المَظِنَّةِ احْتِمالُ الحِكْمَةِ ولو على بُعْدٍ . وكذلك الحُكْمُ لو تناضَلا على أن يَرْمِىَ أحَدُهما بقَوْسٍ عَرَبيَّةٍ والآخَرُ بالفارِسِيَّةِ ، هل يَصِحُّ ؟ فيه الوَجْهان ؛ يَصِحُّ عندَ القاضى . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ . ولا يَصِحُّ عندَ أبى الخَطّابِ ؛ لِما ذَكَرْنا[2] .

الإنصاف

وهَجِينٍ . وهو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و« المُذْهَبِ »،و« المُسْتَوْعِبِ »،و« الخُلاصَةِ »،و« الفُروعِ »،و « النَّظْمِ »، و « الزَّرْكَشِىِّ » ،وغيرِهم . ويَحْتَمِلُ الجَوازُ . وهو وَجْهٌ اختارَه القاضى . ذكَرَه فى « الفائقِ » . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » . قال فى « الهِدايَةِ » ، ومن تابعَه : ويَتخَرَّجُ الجوازُ ؛ بِناءً على تَساوِيهما فى السَّهْمِ . وقال فى « التَّرْغيبِ » : وتَساوِيهما فى النَّجابَةِ ، والبَطالَةِ ، وتَكافُئِهما .

قوله : ولا بينَ قَوْسٍ عَرَبِىٍّ وفارِسِىٍّ . وهو المذهبُ . جزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و« الهِدايَةِ »، و« المُذْهَبِ »، و« المُسْتَوْعِبِ »، و« الخُلاصَةِ »، و« الوَجيزِ »،

---

(1) البختى : الإبل الخراسانية . والعرابى : الخيل العربية .

(2 - 2) سقط من : تش ، م .

الشرح الكبير

فصل : ولا بَأْسَ بالرَّمْىِ بقَوْسٍ فارِسِيَّةٍ ، فى ظاهِرِ كَلامِ أحمدَ . وقد نَصَّ على جَوازِ المُسابَقَةِ بها . وقال أبو بكرٍ : يُكْرَهُ ؛ لأنَّه قد رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه رَأَى مع رجلٍ قَوْسًا فارِسِيَّةً ، فقالَ : « أَلْقِها فإنَّها مَلْعُونَةٌ ، [٢٤٨/٤ظ] وَلَكِنْ عليكم بالْقِسِىِّ الْعَرَبِيَّةِ ، وَبِرِمَاحِ الْقَنَا ، فَبِها يُؤَيِّدُ اللهُ الدِّينَ ، وَبِهَا يُمَكِّنُ اللهُ لَكُمْ فِى الأَرْضِ » . رَواه الأثْرَمُ[(١)] . ولَنا ، انْعِقادُ الإِجْماعِ على الرَّمْىِ بها وإباحَةِ حَمْلِها ، فإنَّ ذلك جارٍ فى أكْثَرِ الأعْصارِ ، وهى التى يَحْصُلُ الجِهادُ بها فى عَصْرِنا هذا . وأمَّا الخَبَرُ ، فيَحْتَمِلُ أنه لَعَنَها ؛ لأنَّ حَمَلَتَها فى ذلك العَصْرِ العَجَمُ ، ولم يَكُونُوا أسْلَمُوا بعدُ ، ومَنَعَ العَرَبَ مِن حَمْلِها لعَدَمِ مَعْرِفَتِهم بها ، ولهذا أمَرَ بِرِماحِ القَنا ، ولو حَمَلَ إنْسانٌ رُمْحًا غيرَها لم يكنْ مَذْمُومًا . وحَكَى أحمدُ ، أنَّ قَوْمًا اسْتَدَلُّوا على القِسِىِّ الفارِسِيَّةِ بقَوْلِه تعالى : ﴿ وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ ﴾[(٢)] . لدُخُولِه فى عُمُومِ الآيَةِ . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف

و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . وقال : هذا المذهبُ .

ويَحْتَمِلُ الجَوازُ . وهو وَجْهٌ اخْتارَه القاضى . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » .

---

(١) وأخرجه ابن ماجه ، فى : باب فى السلاح ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢/٩٣٩ .
وفى الزوائد : فى إسناده عبد الله بن بشر الجيانى ، ضعفه يحيى القطان وغيره ، وذكره ابن حبان فى الثقات لكنه ما أجاد فى ذلك .

(٢) سورة الأنفال ٦٠ .

المقنع

الثَّالِثُ ، تَحْدِيدُ الْمَسَافَةِ ، وَالْغَايَةِ ، وَمَدَى الرَّمْىِ ، بِمَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ .

الشرح الكبير

٢٢٣١ – مسألة : (الثَّالِثُ ، تَحْدِيدُ المَسافَةِ ، والغايَةِ ، ومَدَى الرَّمْىِ ، بما جَرَتْ به العادَةُ) يُشْتَرَطُ فى المُسابَقةِ بالحَيَوانِ تَحْدِيدُ المَسافَةِ ، وأن يكونَ لابْتِداءِ عَدْوِهما وآخِرِه غايَةٌ لا يَخْتَلِفان فيها ؛ لأنَّ الغَرَضَ مَعْرِفَةُ أسْبَقِهما ، ولا يُعْلَمُ ذلك إلَّا بتَساوِيهما فى الغايَةِ ؛ لأنَّ أحَدَهما قد يكونُ مُقَصِّرًا فى أوَّلِ عَدْوِه ، سَرِيعًا فى انْتِهائِه ، وبالعَكْسِ ، فيَحْتاجُ إلى غايَةٍ تَجْمَعُ حالَتَيْه ، ومِن الخَيْلِ ما هو أصْبَرُ ، والقارِحُ أصْبَرُ مِن غيرِه . ورَوَى ابنُ عُمَرَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ سَبَّقَ بينَ الخَيْلِ ، وفَضَّلَ القُرَّحَ فى الغايَةِ .

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، يجوزُ الرَّمْىُ بالقَوْسِ الفارِسِيَّةِ مِن غيرِ كَراهَةٍ . نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقال أبو بَكْرٍ : لا يجوزُ . قالَه فى « الفائقِ » . وقال فى « الفروعِ » : وكَرِهَه أبو بَكْرٍ ، كما تقدَّم أوَّلَ البابِ . الثَّانيةُ ، إذا عقَدا النِّضالَ ، ولم يذْكُرا قَوْسًا ، صحَّ فى ظاهرِ كلامِ القاضى ، ويَسْتَوِيان فى العَرَبِيَّةِ أو غيرِها . وقال غيرُه : لا يصِحُّ حتى يذْكُرا نَوْعَ القَوْسِ الذى يَرْمِيان عنه فى الابْتِداءِ .

قوله : ومَدَى الرَّمْىِ بما جَرَتْ به العَادَةُ . قال المُصَنِّفُ وغيرُه : ويُعْرَفُ ذلك إمَّا بالمُشاهدَةِ ، أو بالذِّراعِ ؛ نحوَ مِائَةِ ذِراعٍ ، أو مِائَتَىْ ذِراعٍ . وما لم تَجْرِ به العادَةُ ، وهو مازادَ على ثَلاثِمائَةِ ذِراعٍ ، فلا يصِحُّ . وقد قيلَ : إنَّه مارَمَى فى أرْبَعِمائَةِ ذِراعٍ ، إلَّا عُقْبَةُ بنُ عامِرٍ الجُهَنِىُّ .

فائدة : لا يصِحُّ تَناضُلُهما على أنَّ السَّبْقَ لأبْعدِهما رَمْيًا . على الصَّحيحِ مِنَ

المقنع الرَّابعُ ، كَوْنُ الْعِوَضِ مَعْلُومًا .

الشرح الكبير رَواه أبو داودَ[1] . فإنِ اسْتَبَقا بغيرِ غايَةٍ لِيُنْظَرَ أيُّهما يَقِفُ أوَّلًا ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه يُؤَدِّى إلى أن لا يَقِفَ أحَدُهما حتى تَنْقَطِعَ فَرَسُه ، ويَتَعَذَّرَ الإشْهادُ على السَّبْقِ فيه . ولذلك[2] يُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ مَدَى الرَّمْىِ ؛ إمّا بالمُشاهَدَةِ ، أو بالذُّرْعانِ ، نَحْوَ مائةِ ذِراعٍ ، أو مائَتَىْ ذِراعٍ ؛ لأنَّ الإصابَةَ[3] تَخْتَلِفُ بالقُرْبِ والبُعْدِ . ويَجُوزُ ما يَتَّفِقان [٢٤٩/٤و] عليه ، إلَّا أن يَجْعَلا مسافَةً بَعِيدَةً تَتَعَذَّرُ الإصابَةُ فى مِثْلِها غالِبًا ، وهو ما زاد على ثَلاثِمائَةِ ذراعٍ ، فلا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الغَرَضَ يَفُوتُ بذلك ، وقد قيل : إنَّه ما رَمَى فى أرْبَعِمائَةِ ذِراعٍ إلَّا عُقْبَةُ بنُ عامِرٍ الجُهَنِىُّ ، رَضِىَ اللهُ عنه .

٢٢٣٢ – مسألة : (الرّابِعُ ، كَوْنُ العِوَضِ مَعْلُومًا) لأنَّه مالٌ فى عَقْدٍ[4] ، فوَجَبَ العِلْمُ به ، كسائِرِ العُقُودِ ؛ إمّا بالمُشاهَدَةِ ، أو بالقَدْرِ ، أو بالصِّفَةِ ، على ما تَقَدَّمَ فى غيرِ مَوْضِعٍ . ويَجُوزُ أن يكونَ حالًّا

الإنصاف المذهبِ . زادَ فى « التَّرْغِيبِ » ، مِن غيرِ تَقْديرٍ . وقيل : يصِحُّ . اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . قالَه فى « الفائقِ » ، وهو المَعْمولُ به عندَ الرُّماةِ الآنَ فى أماكِنَ كثيرةٍ .

قوله : الثَّانى ، أنْ يَكُونَ العِوَضُ مَعْلُومًا مُباحًا . بلا نِزاعٍ . لكِنَّه تَمْليكٌ بشَرْطِ سَبَقِه ؛ فلهذا قال فى « الانْتِصارِ » ، فى شَرِكَةِ العِنانِ : القِياسُ لا يصِحُّ .

(١) فى : باب فى السبق ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢٨/٢ . كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١٥٧/٢ .

(٢) فى ق : « وكذلك » .

(٣) بعده فى م : « به » .

(٤) فى الأصل : « عوض » .

المقنع

الْخَامِسُ ، الْخُرُوجُ عَنْ شِبْهِ الْقِمَارِ ، بِأَنْ لَا يُخْرِجَ جَمِيعُهُمْ ، فَإِنْ كَانَ الْجُعْلُ مِنَ الْإِمَامِ ، أَوْ أَحَدٍ غَيْرِهِمَا ، أَوْ مِنْ أَحَدِهِمَا عَلَى أَنَّ مَنْ سَبَقَ أَخَذَهُ ، جَازَ .

الشرح الكبير

ومُؤَجَّلًا ، وبَعْضُه حالًّا وبَعْضُه مُؤَجَّلًا ، فلو قال : إن فَضَلْتَنِى[1] فلك دِينارٌ حالٌّ وقفيزُ حِنْطَةٍ بعدَ شهرٍ . جاز ؛ لأنَّ ما جاز أن يكونَ حالًّا ومُؤَجَّلًا ، جاز أن يكونَ بَعْضُه حالًّا وبَعْضُه مُؤَجَّلًا ، كالبَيْعِ ، غيرَ أنَّه يُحْتاجُ إلى صِفَةِ الحِنْطَةِ بما تُعْلَمُ به ، كالسَّلَمِ .

٢٢٣٣ - مسألة[2] : الشَّرْطُ (الخامِسُ ، الخُرُوجُ عن شِبْهِ القِمارِ ، بأن لا يُخْرِجَ جَمِيعُهم) متى اسْتَبَقَ اثْنان والجُعْلُ منهما ، فأخْرَجَ كلُّ واحِدٍ منهما[3] ، لم يَجُزْ ، وكان قِمارًا ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما لا يَخْلُو مِن أن يَغْنَمَ أو يَغْرَمَ ، وهذا قِمارٌ .

٢٢٣٤ - مسألة : (فإن كان الجُعْلُ مِن الإمامِ ، أو أحَدٍ غيرِهما ، أو أحَدِهما على أنَّ مَن سَبَقَ أخَذَه ، جاز) وجملةُ ذلك ، أنَّ المُسابَقَةَ إذا كانت بينَ اثْنَيْن أو حِزْبَيْن ، لم يَخْلُ ؛ إمّا أن تكونَ منهما ، أو مِن غيرِهما ، فإن كان مِن غيرِهما ، أو كان مِن الإمامِ ، جاز ، سَواءٌ كان مِن مالِه ، أو مِن بيتِ المالِ ؛ لأنَّ فى ذلك مَصْلَحَةً وحَثًّا على تَعَلُّمِ الجِهادِ ، ونَفْعًا

الإنصاف

....

---

(١) فى ق : « نضلتنى » .

(٢) سقط من الأصل ، ر ، ق ، تش .

(٣) فى ق : « بينهما » .

المقنع

فَإِنْ جَاءَا مَعًا فَلَا شَىْءَ لَهُمَا ، فَإِنْ سَبَقَ [١٣٤و] الْمُخْرِجُ ، أَحْرَزَ سَبَقَهُ ، وَلَمْ يَأْخُذْ مِنَ الْآخَرِ شَيْئًا ، وَإِنْ سَبَقَ الْآخَرُ ، أَحْرَزَ سَبَقَ صَاحِبِهِ .

الشرح الكبير

للمسلمين . وإن كان غيرَ الإمامِ ، فله بَذْلُ العِوَضِ مِن مالِه . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ . وقال مالِكٌ : لا يَجُوزُ ؛ لأنَّ هذا ممّا يُحْتاجُ إليه للجِهادِ ، فاخْتَصَّ به الإمامُ ، كتَوْلِيَةِ الوِلاياتِ وتأْميرِ الأُمَراءِ . ولَنا ، أنَّه بَذْلٌ لمالِه فيما فيه مَصْلَحَةٌ وقُرْبَةٌ ، فجاز ، كما لو اشْتَرَى به خَيْلًا أو سِلاحًا . فأمّا إن كان منهما[1] ، اشْتُرِطَ كونُ الجُعْلِ مِن أحدِهما ، فيقولُ : إن سَبَقْتَنِى فلَكَ عَشَرَةٌ ، وإن سَبَقْتُك فلا شىءَ عليك . فهو جائِزٌ . وحُكِىَ عن مالِكٍ ، أنه لا يَجُوزُ ؛ لأنَّه قِمارٌ . ولَنا ، أنَّ أحدَهما يَخْتَصُّ بالسَّبَقِ ، فجازَ ، كما لو أخْرَجَه الإمامُ . ولا يَصِحُّ ما ذكَرَه ؛ لأنَّ القِمارَ لا يَخْلُو كلُّ واحدٍ منهما مِن أن يَغْنَمَ أو يَغْرَمَ ، وهٰهُنا لا خَطَرَ على أحَدِهما ، فلا يكونُ قِمارًا .

٢٢٣٥ – مسألة : (فإن جاءا مَعًا ، فلا شىءَ لهما) لأنَّه لا سابِقَ فيها (وإن سَبَق المُخْرِجُ ، أحْرَزَ سَبَقَه) ولا شىءَ له على صاحِبِه ؛ لأنَّه لو أخَذَ منه شيئًا ، كان قِمارًا (وإن سَبَق [٢٤٩/٤ظ] الآخَرُ ، أحْرَزَ سَبَقَ) المُخْرِجِ فمَلَكَه ، وكان كسائِرِ أمْوالِه ؛ لأنَّه عِوَضٌ فى الجَعالَةِ ، فمُلِكَ

الإنصاف

....

---

(١) فى الأصل : « من أحد » .

المقنع

فَإِنْ أَخْرَجَا مَعًا ، لَمْ يَجُزْ ، إِلَّا أَنْ يُدْخِلَا بَيْنَهُمَا مُحَلِّلًا يُكَافِئُ فَرَسُهُ فَرَسَيْهِمَا ، أَوْ بَعِيرُهُ بَعِيرَيْهِمَا ، أَوْ رَمْيُهُ رَمْيَيْهِمَا ، فَإِنْ سَبَقَهُمَا أَحْرَزَ سَبَقَيْهِمَا ، وَإِنْ سَبَقَاهُ أَحْرَزَا سَبَقَيْهِمَا ، وَلَمْ يَأْخُذَا مِنْهُ شَيْئًا ، وَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا أَحْرَزَ السَّبَقَيْنِ ، وَإِنْ سَبَقَ مَعَهُ الْمُحَلِّلُ ، فَسَبَقُ الْآخَرِ بَيْنَهُمَا .

الشرح الكبير

فيها ، كالعِوَضِ المَجْعُولِ[1] في رَدِّ الضَّالَّةِ . فإن كان العِوَضُ في الذِّمَّةِ ، فهو دَيْنٌ يُقْضَى به عليه ، ويُجْبَرُ على تَسْلِيمِه إن كان مُوسِرًا ، وإن أَفْلَسَ ، ضَرَب به مع الغُرَماءِ .

٢٢٣٦ – مسألة : (وإن أَخْرَجا مَعًا ، لم يَجُزْ ، إلَّا أن يُدْخِلا بينَهما مُحَلِّلًا يُكافِئُ فَرَسُه فَرَسَيْهما ، أو بَعِيرُه بَعِيرَيْهما ، أو رَمْيُه رَمْيَيْهما ، فإن سَبَقَهما أحْرَزَ سَبَقَهما ، وإن سَبَقاه ، أحْرَزا سَبَقَيْهما ، ولم يَأْخُذا منه شيئًا ، وإن سَبَق أحَدُهما أحْرَزَ السَّبَقَيْن ، وإن سَبَق معه المُحَلِّلُ ، فسَبَقُ الآخَرِ بينَهما) السَّبَقُ ، بفَتْحِ الباءِ : الجُعْلُ الذى يُسابَقُ عليه ، ويُسَمَّى الخَطَرَ والنَّدَبَ ، والقَرَعَ ، والرَّهْنَ . ويقال : سَبَق . إذا أخَذَ ، وإذا أعْطَى . وهو مِن الأضْدادِ . متى اسْتَبَقَ اثْنان ، فأخْرَجَ كلُّ واحِدٍ منهما لم يَجُزْ ، وكان

الإنصاف

قوله : فإنْ أَخْرَجا مَعًا ، لم يَجُزْ ، إلَّا أنْ يُدْخِلا بينَهما مُحَلِّلًا . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : يجوزُ مِن غيرِ مُحَلِّلٍ . قال : وعدَمُ المُحَلِّلِ أَوْلَى وأقْرَبُ إلى العَدْلِ مِن كَوْنِ السَّبَقِ مِن أحَدِهما ، وأبْلَغُ في تَحْصِيلِ

---

(١) في ر : « للمجهول » ، في م : « المجهول » .

الشرح الكبير

قِمارًا[1] ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما لا يَخْلُو مِن أن يَغْنَمَ أو يَغْرَمَ . وسَواءٌ كان ما أخْرَجاه مُتَساوِيًا ، أو مُتَفاوِتًا[2] ، مثلَ أن أخْرَجَ أحَدُهما عَشَرَةً والآخَرُ خَمْسَةً . ولو قال : إن سَبَقْتَنِى فلَكَ عَلَىَّ[3] عشرةٌ ، وإن سبَقْتُك فلى عليك قَفِيزُ حِنْطَةٍ . أو قال : إن سبَقْتَنِى فلك عَلَىَّ عَشَرَةٌ ، ولى عليكَ قَفِيزُ حِنْطَةٍ . لم يَجُزْ ؛ لِما ذَكَرْناه . فإن أدْخَلا بينَهما مُحَلِّلًا ، وهو ثالِثٌ لم يُخْرِجْ شيئًا ، جاز . وبهذا قال سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، والزُّهْرِىُّ ، والأوْزاعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وحَكَى أشْهَبُ عن مالِكٍ ، أنَّه قال فى المُحَلِّلِ : لا أُحِبُّه . وعن جابِرِ بن زيدٍ ، أنَّه قِيلَ له : إنَّ أصْحابَ رسولِ اللهِ ﷺ كانُوا لا يَرَوْن بالدَّخِيلِ بَأْسًا . قال : هُمْ أعَفُّ مِن ذلك . ولَنا ، ما روَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « مَنْ أدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ ، وهُوَ لَا يُؤْمَنُ أنْ يَسْبِقَ ، فَلَيْسَ بِقِمَارٍ ، وَمَنْ أدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ

الإنصاف

مَقْصُودِ كلٍّ منهما ، وهو بَيانُ عَجْزِ الآخَرِ ، وأنَّ المَيْسِرَ والقِمارَ منه لم يَحْرُمْ لمُجَرَّدِ المُخاطَرَةِ ؛ بل لأنَّه أكْلٌ للْمالِ بالباطِلِ ، أو للمُخاطَرَةِ المُتَضَمِّنَةِ له . انتهى . واخْتارَه صاحِبُ « الفائقِ » .

قوله : يُكَافِئُ فَرَسُه فَرَسَيهما ، أو بَعِيرُه بَعِيرَيهما ، أو رَمْيُه رَمْيَيْهما ، فإنْ سَبَقَهما أحْرَزَ سَبَقَيْهما ، وإنْ سَبَقاه أحْرَزا سَبَقَيْهما ، ولم يَأْخُذا منه شيئًا ، وإن سبَق أحَدُهما ، أحْرَزَ السَّبَقَيْن ، وإنْ سبَق مَعَه المُحَلِّلُ ، فسَبَقُ الآخَرِ بينَهما . بلا نِزاعٍ فى ذلك

---

(1) فى حاشية تش : « حكاه ابن عبد البر إجماعًا » .
(2) فى تش : « متقاربا » .
(3) سقط من : الأصل ، تش .

الشرح الكبير

فَرَسَيْنِ ، وقَدْ أَمِنَ أنْ يَسْبِقَ ، فَهُوَ قِمَارٌ » . رَواه أبو داودَ[1] . فجعَلَه قِمارًا إذا أمِنَ أن يَسْبِقَ ؛ لأنه لا يَخْلُو كلٌّ واحِدٍ منهما مِن أن يَغْنَمَ أو يَغْرَمَ ، وإذا لم يُؤْمَنْ أن يَسْبِقَ ، لم يكنْ قِمارًا ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يَجُوزُ أن يَخْلُوَ عن ذلك . ويُشْتَرَطُ أن يكونَ فَرَسُ المُحَلِّلِ مُكافِئًا لفَرَسَيْهِما ، أو بَعِيرُه لبَعِيرَيْهِما ، أو رَمْيُه لرَمْيَيْهِما ، فإن لم يكنْ مُكافِئًا ، مثلَ أن تكونَ فَرَساهما أجْوَدَ مِن فَرَسِه ، فيكُونا جَوادَيْن وهو بَطِيءٌ ، فهو قِمارٌ ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّه مَأْمُونٌ سَبْقُه ، فوُجُودُه كعَدَمِه . وإن كان مُكافِئًا ، جاز . فإن جاءُوا الغايَةَ دَفْعَةً واحِدَةً ، أحْرَزَ كُلُّ واحدٍ منهما [٢٥٠/٤و] سَبَقَ نَفْسِه ، ولا شيءَ للمُحَلِّلِ ؛ لأنَّه لا سابِقَ فيهم ، وكذلك إن سَبَقا المُحَلِّلَ . وإن سَبَق

الإنصاف

كلِّه .

تنبيه : ظاهِرُ قَوْلِه : إلَّا أنْ يُدْخِلا بينَهما مُحَلِّلًا . الاكْتِفاءُ بالمُحَلِّلِ الواحِدِ ، ولا يكونُ أكْثَرَ مِن واحِدٍ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . قال الآمِدِيُّ : لا يَجُوزُ أكْثَرُ مِن واحِدٍ ؛ لدَفْعِ الحاجَةِ به . وقال فى « الرِّعايَةِ » : وقيلَ : يجوزُ أكثرُ مِن واحدٍ . وجزَم به فى « الكافِى » .

---

(١) فى : باب فى المحلل ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢٨/٢ ، ٢٩ .
كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب السبق والرهان ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٩٦٠/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥٠٥/٢ .
قال أبو حاتم : أحسن أحواله أن يكون موقوفا على سعيد بن المسيب . انظر تلخيص الحبير ١٦٣/٤ .
وذكره الإمام مالك فى الموطأ عن سعيد بن المسيب بمعناه ، فى : باب ما جاء فى الخيل والمسابقة بينها ... ، من كتاب الجهاد . الموطأ ٤٦٨/٢ .

المقنع

وَإِنْ قَالَ الْمُخْرِجُ : مَنْ سَبَقَ ، فَلَهُ عَشَرَةٌ ، وَمَنْ صَلَّى فَلَهُ كَذَلِكَ . لَمْ يَصِحَّ إِذَا كَانَا اثْنَيْنِ . وَإِنْ قَالَ : وَمَن صَلَّى فَلَهُ خَمْسَةٌ . صَحَّ .

الشرح الكبير

المُحَلِّلُ ، أحرَزَ السَّبَقَيْن بالاتِّفاقِ ، وإن سَبَقَ أحَدُ المُسْتبِقَيْن وَحْدَه ، أحْرَزَ سَبَقَ نَفْسِه ، وأخذَ سَبَقَ صاحِبِه ، و لم يَأْخُذْ مِن المُحَلِّلِ شيئًا ، وإن سَبَقَ أحَدُ المُسْتَبِقَيْن والمُحَلِّلُ ، أحْرَزَ السّابِقُ مالَ نَفْسِه ، ويكونُ سَبَقُ المَسْبُوقِ بينَ السّابِقِ والمُحَلِّلِ نِصْفَيْن . وسَواءٌ كان المُسْتَبِقُون اثْنَيْن أو أكْثَرَ ، حتى لو كانُوا مائةً وبينَهم مُحَلِّلٌ لا سَبَقَ منه ، جاز . وكذلك[1] لو كان المُحَلِّلُ جَماعَةً ، جاز ؛ لأنَّه لا فَرْقَ بينَ الاثْنَيْن والجَماعَةِ . وهذا كلُّه[2] مَذْهَبُ الشافعيِّ .

٢٢٣٧ – مسألة : (وإن قال المُخْرِجُ : مَن سَبَق فله عَشَرَةٌ ، ومَن صَلَّى فله ذلك . لم يَجُزْ إذا كانا اثْنَيْن . وإن قال : مَن صَلَّى فله خَمْسَةٌ . جاز) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه إذا كان المُخْرِجُ غيرَ المُتَسابِقَيْن ، فقال لهما أو لجَماعَةٍ : أيُّكم سَبَق فله عَشَرَةٌ . جاز ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهم يَطْلُبُ أن يكونَ سابِقًا ، فأيُّهم سَبَق اسْتَحَقَّ العَشَرَةَ ، فإن جاءُوا جَمِيعًا ، فلا شيءَ لواحِدٍ منهم ؛ لأنَّه لا سابِقَ فيهم . وإن قال لاثْنَيْن : أيُّكما سَبَق فله عَشَرَةٌ ، وأيُّكما صَلَّى فله ذلك . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لا فائِدَةَ فى طَلَبِ السَّبْقِ ، فلا يَحْرِصُ عليه . وإن قال : ومَن صَلَّى فلَه خَمْسَةٌ . صَحَّ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ

الإنصاف ....

---

(١) فى م : « ولذلك » .

(٢) سقط من : تش ، م .

الشرح الكبير

منهما يَطْلُبُ السَّبْقَ لفائِدَتِه فيه بزِيادَةِ الجُعْلِ . وإن كانُوا أكْثَرَ مِن اثْنَين ، فقال : مَن سَبَق فله عَشَرَةٌ ، ومَن صَلَّى فله ذلك . صَحَّ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهم يَطْلُبُ أن يكونَ سابِقًا أو مُصَلِّيًا . والمُصَلِّى هو الثانِى ؛ لأنَّ رَأْسَه عندَ صَلَى الآخَرِ ، والصَّلَوان ؛ هما العَظْمان النّاتِئان مِن جانِبَى الذَّنَبِ . وفى الأثَرِ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : سَبَق أبو بكرٍ ، وصَلَّى عُمَرُ ، وخَبَطَتْنا فِتْنَةٌ[1] . قال الشّاعِرُ[2] :

إنْ تُبْتَدَرْ غَايَةٌ يَوْمًا لِمَكْرُمَةٍ ... تَلْقَ السَّوابِقَ مِنَّا[3] وَالْمُصَلِّينَا

فإن قال : للمُجَلِّى ، وهو الأوَّلُ مائةٌ ، وللمُصَلِّى ، وهو الثانِى ، تِسْعُون ، ولِلتّالِى ، وهو الثالثُ ، ثَمانُون ، وللنّازِعِ ، وهو الرابعُ ، سَبْعُون ، وللمُرْتاحِ ، وهو الخامِسُ ، سِتُّون ، وللحَظِىِّ ، وهو السّادِسُ ، خَمْسُون ، وللعاطِفِ ، وهو السابِعُ ، أرْبَعُون ، وللمُؤَمِّلِ ، وهو الثامِنُ ، ثَلاثُون ، ولِلَّطِيمِ ، وهو التاسِعُ ، عِشْرُون ، وللسُّكَّيتِ ، وهو العاشِرُ ، عَشَرَةٌ ، وللفُسْكُلِ ، وهو الآخِرُ ، خمسةٌ . صَحَّ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ يَطْلُبُ السَّبْقَ ، فإذا فاتَه طَلَب ما يَلِى السّابِقَ . والفُسْكُلُ اسمٌ للآخِرِ ، ثم اسْتُعْمِلَ هذا فى غيرِ [٤/٢٥٠ظ] المُسابَقَةِ بالخَيْلِ تَجَوُّزًا ، كما رُوِىَ أنَّ أسْماءَ بنتَ عُمَيْسٍ كانت تَزَوَّجَتْ جَعْفَرَ بنَ أبى طالِبٍ ، فوَلَدَتْ له عبدَ اللهِ ومحمدًا وعَوْنًا ، ثم تَزَوَّجَها أبو بكرٍ الصِّدِّيقُ ، فوَلَدَتْ له محمدَ

الإنصاف ....

(١) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١/١٢٤ ، ١٣٢ ، ١٤٧ . وإسناده حسن .

(٢) البيت لبشامة بن الغدير . الحماسة ١/٧٨ .

(٣) فى الأصل ، تش ، م : « فينا » .

الشرح الكبير

ابنَ أبى بكرٍ ، ثم تزوَّجها علىُّ بنُ أبى طالِبٍ ، فقالت له : إنَّ ثلاثةً أنت آخِرُهم لأخْيارٌ . فقال لولَدِها : فَسْكَلَتْنِى أُمُّكم[1] . وإن جعَل للمُصَلِّى أكْثَرَ مِن السّابِقِ ، أو جعَل للتّالِى أكثرَ مِن المُصَلِّى ، أو لم يَجْعَلْ للمُصَلِّى شيئًا ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ ذلك يُفْضِى إلى أن لا يَقْصِدَ السَّبْقَ بل يَقْصِدَ التَّأَخُّرَ ، فيَفُوت المَقْصُودُ .

فصل : وإذا قال لعَشَرَةٍ : مَن سَبَق منكم فله عَشَرَةٌ . صَحَّ . فإن جاءُوا معًا فلا شىءَ لهم ؛ لأنَّه لم يُوجَدِ الشَّرْطُ الذى يُسْتَحَقُّ به الجُعْلُ فى واحِدٍ منهم . وإن سَبَقَهم واحِدٌ ، فله العَشَرَةُ ؛ لوُجُودِ الشَّرْطِ فيه . وإن سَبَق اثْنان ، فلهما العَشَرَةُ . وإن سَبَق تِسْعَةٌ وتَأَخَّرَ واحِدٌ ، فالعَشَرَةُ للتِّسْعَةِ ؛ لأنَّ الشَّرْطَ وُجِد فيهم ، فكان الجُعْلُ بينَهم ، كما لو قال : مَن رَدَّ عَبْدِى الآبِقَ فله كذا . فرَدَّه تِسْعَةٌ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ لكلِّ واحِدٍ مِن السّابِقِين عَشَرَةٌ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهم سابِقٌ ، فيَسْتَحِقُّ الجُعْلَ بكَمالِه ، كما لو قال : مَنْ رَدَّ عَبْدًا لى فله عَشَرَةٌ . فرَدَّ كلُّ واحِدٍ عَبْدًا . وفارَق ما لو قال : مَن رَدَّ عَبْدِى . فرَدَّه تِسْعَةٌ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهم لم يَرُدَّه ، إنَّما رَدُّه حَصَل مِن الكلِّ . ويَصِيرُ هذا كما لو قال : مَن قَتَل قَتِيلًا فله سَلَبُه . فإن قَتَل كلُّ واحِدٍ واحِدًا ، فلكلِّ واحِدٍ سَلَبُ قَتِيلِه كامِلًا . وإن قَتَل الجَماعَةُ واحِدًا ، فلجَمِيعِهم سَلَبُ واحدٍ . وهٰهُنا كلُّ واحِدٍ له سَبْقٌ مُفْرَدٌ ، فكان له الجُعْلُ كامِلًا . فعلى هذا ، لو قال : مَن سَبَق فله عَشَرَةٌ ، ومَن صَلَّى فله خَمْسَةٌ .

الإنصاف ....

(١) انظر الخبر فى : نوادر المخطوطات لعبد السلام هارون ١/٧٧ .

المقنع

وَإِنْ شَرَطَا أَنَّ السَّابِقَ يُطْعِمُ السَّبَقَ أَصْحَابَهُ أَوْ غَيْرَهُمْ ، لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ ، وَفِي صِحَّةِ الْمُسَابَقَةِ وَجْهَانِ .

الشرح الكبير

فسَبَقَ خَمْسَةٌ ، وصَلَّى خمْسَةٌ ، فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، للسّابِقِين عَشَرَةٌ ، لكلِّ واحِدٍ منهم دِرْهمان ، وللمُصَلِّين خَمْسَةٌ ، لكلِّ واحِدٍ منهم دِرْهَمٌ . وعلى الوَجْهِ الثانِي ، لكلِّ واحِدٍ مِن السّابِقِين عَشَرَةٌ ، فيكونُ لهم خَمْسُون ، ولكلِّ واحِدٍ مِن المُصَلِّين خَمْسَةٌ ، فيكونُ لهم خَمْسَةٌ وعِشْرُون . ومَن قال بالوَجْهِ الأوَّلِ ، احْتَمَلَ على قَوْلِه أن لا يَصِحَّ العَقْدُ على هذا الوَجْهِ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يَسْبِقَ تِسْعَةٌ ، فيكونَ لهم عَشَرَةٌ ، لكلِّ واحِدٍ منهم دِرْهَمٌ وتُسْعٌ ، ويُصَلِّيَ واحِدٌ ، فيكونَ له خَمْسَةٌ ، فيكونَ للمُصَلِّي مِن الجُعْلِ أكْثَرُ ممّا للسّابِقِ ، فيفوتَ المَقْصُودُ .

٢٢٣٨ – مسألة : (وإن شَرَطا أنَّ السّابقَ يُطْعِمُ السَّبَقَ أصْحابَهُ أو غيرَهم ، لم يَصِحَّ الشَّرْطُ . وفى صِحَّةِ المُسابَقَةِ وَجْهان) لأنَّه عِوَضٌ على عَمَلٍ ، فلا يَسْتَحِقُّه غيرُ العامِلِ ، كالعِوَضِ [٢٥١/٤و] فى رَدِّ الآبِقِ . ولا يَفْسُدُ العَقْدُ . وبه قال أبو حنيفةَ . وقال الشافعيُّ : يَفْسُدُ . ولَنا ، أنَّه

الإنصاف

قوله : وإنْ شَرَطا أنَّ السَّابِقَ يُطْعِمُ السَّبَقَ أَصْحَابَه ، أو غيرَهم ، لم يَصِحَّ الشَّرْطُ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : يصِحُّ شَرْطُ السَّبَقِ للأُستاذِ ، ولشِراءِ قَوْسٍ[1] ، وكِراءِ الحانُوتِ ، وإطْعامِه للجماعَةِ ؛ لأنَّه ممَّا يُعِينُ على الرَّمْيِ .

(١) فى ط : « فرس » .

الشرح الكبير

عَقْدٌ لا تَتَوَقَّفُ صِحَّتُه على تَسْمِيَةِ بَدَلٍ ، فلم يَفْسُدْ بالشَّرْطِ الفاسِدِ ، كالنِّكاحِ . وذَكَرَ القاضى أنَّ الشُّرُوطَ الفاسِدَةَ فى المُسابَقَةِ تَنْقَسِمُ قِسْمَيْن ؛ أحَدُهما ، ما يُخِلُّ بشَرْطِ صِحَّةِ العَقْدِ ، نحوَ أن يَعُودَ إلى جَهالَةِ العِوَضِ ، أو المَسافَةِ ، ونحوِهما ، فيَفْسُدُ العَقْدُ ؛ لأنَّ العَقْدَ لا يَصِحُّ مع فَواتِ شَرْطِه . والثانى ، ما لا يُخِلُّ بشَرْطِ العَقْدِ ، نحوَ أن يَشْتَرِطَ أن يُطْعِمَ السَّبَقَ أصْحابَه أو غيرَهم ، أو يَشْتَرِطَ أنَّه إذا نَضَل لا يَرْمِى أبدًا ، أو لا يَرْمِى شَهْرًا ، أو شَرَطا أنَّ لكلِّ واحِدٍ منهما أو لأحَدِهما فَسْخَ العَقْدِ متى شاء بعدَ الشُّرُوعِ فى العَمَلِ ، وأشْباهُ هذا ، فهذه شُرُوطٌ باطِلَةٌ فى نَفْسِها ، وفى العَقْدِ المُقْتَرِنِ بها وَجْهان ؛ أحَدُهما ، صِحَّتُه ؛ لأنَّ العَقْدَ تَمَّ بأرْكانِه وشُرُوطِه ، فإذا حُذِف الزّائِدُ الفاسِدُ بَقِىَ العَقْدُ صَحِيحًا . والثانى ، يَبْطُلُ[1] ؛ لأنه بَذَل العِوَضَ لهذا الغَرَضِ ، فإذا لم يَحْصُلْ له غَرَضُه ، لا يَلْزَمُه العِوَضُ . وكلُّ مَوْضِعٍ فَسَدَتِ المُسابَقَةُ ، فإن كان السّابِقُ المُخْرِجَ ، أمْسَكَ سَبَقَه ، وإن كان الآخَرَ ، فله أجْرُ عَمَلِه ؛ لأنه عَمَلٌ بعِوَضٍ لم يُسَلَّمْ له ، فاسْتَحَقَّ أجْرَ المِثْلِ ، كالإِجارَةِ الفاسِدَةِ .

الإنصاف

قوله : وفى صِحَّةِ المُسابَقَةِ وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم ؛ أحدُهما ، يصِحُّ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهما . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وابنُ

---

(١) فى م : « لا يبطل » .

المقنع

فَصْلٌ : وَالْمُسَابَقَةُ جَعَالَةٌ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُهَا ، إِلَّا أَنْ يَظْهَرَ الْفَضْلُ لِأَحَدِهِمَا ، فَيَكُونَ لَهُ الْفَسْخُ دُونَ صَاحِبِهِ .

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَحِمَه اللهُ : (والمُسابَقةُ جعالَةٌ ، لكلِّ واحِدٍ منهما فَسْخُها ، إلَّا أن يَظْهَرَ الفَضْلُ لأحَدِهما ، فيَكُونَ له الفَسْخُ دُونَ صاحِبِه) ذَكَره ابنُ حامِدٍ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، وأحَدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ . وقال فى الآخَرِ : هو لازِمٌ إن كان العِوَضُ منهما ، وجائِزٌ إن كان مِن أحَدِهما أو مِن غيرِهما . وذَكَرَه القاضى احْتِمالًا ؛ لأنَّه عَقْدٌ مِن شَرْطِه أن يكونَ العِوَضُ والمُعَوَّضُ مَعْلُومَيْن[1] ، فكان لازِمًا ، كالإِجارَةِ . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ على ما لا تتحَقَّقُ القُدْرَةُ على تَسْلِيمِه ، فكان جائِزًا ، كرَدِّ الآبِقِ ، وذلك لأنَّه عَقْدٌ على الإِصابَةِ ، ولا يدْخُلُ تحتَ قُدْرَتِه ، وبهذا فارَقَ الإِجارَةَ . فعلى هذا ،

الإنصاف

عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرَى » ، وغيرِهم . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يصِحُّ . قدَّمه فى « الرِّعايةِ الكُبْرَى » .

قوله : والمُسابَقَةُ جَعالَةٌ . هذا المذهبُ . اخْتارَه ابنُ حامِدٍ [٢/١٨١ظ] وغيرُه . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « تَجْريدِ العِنايةِ » ، وغيرِهم . وقيل : هى عَقْدٌ لازِمٌ ، ليس لأحَدِهما فَسْخُها . ذكَرَه القاضى . فهى كالإِجارَةِ ،

---

(١) فى تش ، ر ١ ، م : « معلوما » .

الشرح الكبير

لكلِّ واحِدٍ مِن المُتَعاقِدَيْن الفَسْخُ قبلَ الشُّرُوعِ فى المُسابَقَةِ . وإن أراد أحَدُهما الزِّيادَةَ فيها أو النُّقْصانَ منها ، لم يَلْزَمِ الآخَرَ إجابَتُه . فأمّا بعدَ الشُّرُوعِ فيها ، فإن لم يَظْهَرْ لأحَدِهما فَضْلٌ (١على الآخَرِ ، جاز الفَسْخُ لكلِّ واحِدٍ منهما ، وإن ظَهَر لأحَدِهما فَضْلٌ١) ، مثلَ أن يَسْبِقَه بفَرَسِه فى بعضِ المسافَةِ ، أو يُصِيبَ بسِهامِه أكْثَرَ منه ، فللفاضِلِ الفَسْخُ دُونَ المَفْضُولِ ؛ لأنَّه لو جاز له ذلك لفات غَرَضُ [٢٥١/٤ظ] المُسابَقَةِ ، فلا يحْصُلُ المَقْصُودُ . وقال أصْحابُ الشافعىِّ : إذا قُلْنا : العَقْدُ جائِزٌ . ففى جَوازِ الفَسْخِ (١مِن المَفْضُولِ١) وَجْهان .

الإنصاف

لكِنَّها تنْفَسِخُ بمَوْتِ أحَدِ المَرْكُوبَيْن ، وأحدِ الرَّامِيَيْن . وأطلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . وفى « التَّرْغيبِ » احْتِمالٌ بعَدَمِ اللُّزومِ فى حقِّ المُحَلِّلِ وحدَه ؛ لأنَّه مَغْبوطٌ ، كمُرْتَهِنٍ . فعلى المذهبِ ، لكُلِّ واحدٍ منهما فَسْخُها ، إلَّا أنْ يظْهَرَ الفَضْلُ لأحَدِهما ، فيكونَ له الفَسْخُ دُونَ صاحِبِه . وتَنْفَسِخُ بمَوْتِ أحَدِ المُتَعاقِدَيْن ، ولا يُؤْخَذُ رَهْنٌ ، ولا كَفِيلٌ بعِوَضِهما . وقال فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، وغيرِهما ، على هذا الوَجْهِ : يجوزُ فَسْخُه ، والامْتِناعُ منه والزِّيادَةُ فى العِوَضِ . زادَ غيرُهم ، وأخْذُه به رَهْنًا أو كَفِيلًا .

(١ - ١) سقط من : م .

المقنع

وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ . وَقِيلَ : هِيَ عَقْدٌ لَازِمٌ لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا فَسْخُهَا ، لَكِنَّهَا تَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِ الْمَرْكُوبَيْنِ ، وَأَحَدِ الرَّامِيَيْنِ ، وَلَا تَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِ [١٣٤ظ] الرَّاكِبَيْنِ ، وَلَا تَلَفِ أَحَدِ الْقَوْسَيْنِ ، وَيَقُومُ وَارِثُ الْمَيِّتِ مَقَامَهُ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ ، أَقَامَ الْحَاكِمُ مُقَامَهُ مِنْ تَرِكَتِهِ .

الشرح الكبير

٢٢٣٩ – مسألة : (وتَنْفَسِخُ بمَوْتِ أحَدِ المُتعاقِدَيْن) إذا قُلْنا : إنَّها عَقْدٌ جائِزٌ . قِياسًا على العُقُودِ الجائِزَةِ مِن الوَكالَةِ ، والشَّرِكَةِ ، والمُضارَبَةِ ، ونحوِها . وإن قُلْنا بلُزُومِها ، انْفَسَخَتْ (بمَوْتِ أحَدِ المَرْكُوبَيْن والرّامِيَيْن) لأنَّ العَقْدَ تعَلَّقَ بعَيْنِ المَرْكُوبِ والرّامِى ، فانفَسَخَ بتَلَفِه ، كما لو تَلِف المَعْقُودُ عليه فى الإجارَةِ (ولا تَبْطُلُ بمَوْتِ الرّاكِبَيْن ، ولا تَلَفِ أحَدِ القَوْسَيْن) لأنَّه غيرُ المَعْقُودِ عليه ، فلم يَنْفَسِخِ العَقْدُ بتَلَفِه ، كمَوْتِ أحَدِ المُتبايِعَيْن . فعلى هذا (يَقُومُ وارِثُ المَيِّتِ مَقامَه) كما لو اسْتَأْجَرَ شيئًا ثم مات (فإن لم يكنْ له وارِثٌ ، أقام الحاكِمُ مُقامَه مِن تَرِكَتِه) كما لو أجَرَ نَفْسَه لعَمَلٍ مَعْلُومٍ ، ثم مات .

الإنصاف

قوله ، على القَوْلِ بلُزُومِها : ليس لأحدِهما فَسْخُها ، لكنَّها تَنْفَسِخُ بمَوْتِ أحَدِ المَرْكُوبَيْن وأحَدِ الرَّامِيَيْن ، ولا تَبْطُلُ بموتِ الرَّاكِبَيْن ، ولا تَلَفِ أحَدِ القَوْسَيْن . وهذا بلا خِلافٍ على هذا القَوْلِ .

وقوله : ويَقُومُ وارِثُ المَيِّتِ مَقامَه ، وإنْ لم يَكُنْ له وارِثٌ أقامَ الحاكِمُ مُقامَه مِن تَرِكَتِه . هذا إذا قُلْنا : إنَّها لازِمَةٌ . فأمَّا إنْ قُلْنا : إنَّها جائزةٌ . فظاهِرُ كلامِ

المقنع

وَالسَّبْقُ فِي الْخَيْلِ بِالرَّأْسِ ، إِذَا تَمَاثَلَتِ الْأَعْنَاقُ ، وَفِي مُخْتَلِفِي الْعُنُقِ وَالْإِبِلِ بِالْكَتِفِ .

الشرح الكبير

٢٢٤٠ – مسألة : (والسَّبْقُ فى الخَيْلِ بالرَّأْسِ ، إذا تَماثَلَتِ الأعْناقُ ، وفى مُخْتَلِفِى العُنُقِ والإِبلِ بالكَتِفِ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه يُشْتَرَطُ فى المُسابَقَةِ إرْسالُ الفَرَسَيْن والبَعِيرَيْن دَفْعَةً واحِدَةً ، فإن أرْسَلَ أحَدَهما

الإنصاف

المُصَنِّفِ ، أنَّ وارِثَه لا يَقُومُ مَقامَه ، ولا يُقِيمُ الحاكمُ مَن يقومُ مَقامَه وهو أحدُ الوَجْهَيْن . قلتُ : هذا المذهبُ . وهو كالصَّريحِ المَقْطوعِ به فى كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ ؛ لقَطْعِهم بفَسْخِها بمَوْتِ أحَدِ المُتَعاقِدَيْن ، على القَوْلِ بأنَّها عَقْدٌ جائزٌ ، كما قطَع به المُصَنِّفُ فيما تقدَّم ، وغيرُه مِنَ الأصحابِ ، وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الحاوِى » . والوَجْهُ الآخَرُ ، وارِثُه كهُو فى ذلك ، ثم الحاكِمُ . جزَم به ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الرِّعايةِ الصُّغْرَى » ، و « الفائقِ » . وهو كالصَّريحِ فى « البُلْغَةِ » ، وصرَّح به فى « الكافِى » ، وجزَم به فيه . لكِنْ جعَل الوارِثَ بالخِيَرَةِ فى ذلك ، وهو ظاهِرُ ما قطَع به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . قال فى « التَّرْغِيبِ » ، و « البُلْغَةِ » : ولا يجبُ تَسْليمُ العِوَضِ فيه قبلَ العَمَلِ ، ولو قُلْنا بلُزومِه ، على الأصحِّ ، بخِلافِ الأُجْرَةِ ، بل يُبْدَأُ بتَسْليمِ العَمَلِ قبلَ العِوَضِ .

قوله : والسَّبْقُ فى الخَيْلِ بالرَّأْسِ ، إذا تَماثَلَتِ الأَعْناقُ ، وفى مُخْتَلِفِى العُنُقِ والإِبلِ بالكَتِفِ . وكذا قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الفائقِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . وقال فى « الفُروعِ » : والسَّبْقُ بالرَّأْسِ فى مُتَماثِلِ عُنُقِه ، وفى مُخْتَلِفِه وإبلٍ بكَتِفِه . وكذا قال فى

الشرح الكبير

قبلَ الآخرِ ليَعْلَمَ هل يُدْرِكُه الآخرُ أو لا ؟ لم يَجُزْ هذا فى المُسابَقَةِ بِعِوَضٍ ؛ لأنَّه قد لا يُدْرِكُه مع كَوْنِه أسْرَعَ منه ؛ لبُعْدِ المَسافَةِ بينَهما . ويكونُ عندَ أوَّلِ المَسافَةِ مَن يُشاهِدُ إرْسالَهما ويُرَتِّبُهما ، وعندَ الغايَةِ مَن يَضْبِطُ السّابِقَ منهما ؛ لئَلَّا يختَلِفا فى ذلك . ويَحْصُلُ السَّبْقُ فى الخَيْلِ بالرَّأْسِ إذا تَماثَلَتِ الأعْناقُ ، فإنِ اخْتَلَفا فى طُولِ العُنُقِ ، أو كان ذلك فى الإبِلِ ، اعْتُبِرَ السَّبْقُ بالكَتِفِ ؛ لأنَّ الاعْتِبارَ بالرَّأْسِ مُتَعَذِّرٌ ، فإنَّ طَوِيلَ العُنُقِ قد يَسْبِقُ رَأْسُه ؛ لطُولِ عُنُقِه ، لا بسُرْعَةِ عَدْوِه ، وفى الإبِلِ ما يَرْفَعُ رَأْسَه ، وفيها ما يَمُدُّ عُنُقَه ، فرُبَّما سَبَق رَأْسُه لمَدِّ عُنُقِه ، لا بسَبْقِه ، فلذلك اعْتُبِرَ بالكَتِفِ . فإن سَبَق رَأْسُ قَصِيرِ العُنُقِ ، فهو سابِقٌ بالضَّرُورَةِ ، وإن سَبَق رَأْسُ طَوِيلِ العُنُقِ بأكْثَرَ ممّا بينَهما فى طُولِ العُنُقِ ، فقد سَبَق ، وإن كان بقَدْرِه لم يَسْبِقْ ، وإن كان أقَلَّ ، فالآخَرُ سابِقٌ . ونحوُ هذا كلِّه قولُ الشافعىِّ . وقال الثَّوْرِىُّ : إذا سَبَق أحَدُهما بالأُذُنِ كان سابِقًا . ولا يَصِحُّ ذلك ؛ لأنَّ أحَدَهما قد يَرْفَعُ رَأْسَه ويَمُدُّ الآخَرُ[1] عُنُقَه ، فيَسْبِقُ بأُذُنِه لذلك ، لا لسَبْقِه . وإن شَرَط السَّبْقَ بأقْدامٍ مَعْلُومَةٍ ، كثَلاثَةٍ أو أكْثَرَ أو أقَلَّ ، لم يَصِحَّ . وقال بعضُ أصْحابِ الشافعىِّ : يَصِحُّ ، ويَتَحاطّان [٤/٢٥٢و] ذلك ، كما فى

الإنصاف

« الوَجيزِ » . وقال فى « المُحَرَّرِ » : والسَّبْقُ فى الإبِلِ والخَيْلِ بسَبْقِ الكَتِفِ . وتَبِعَه فى « المُنَوِّرِ » . وقال فى « الرِّعايتَيْن » : والسَّبْقُ فى الخَيْلِ بالعُنُقِ . وقيل : بالرَّأْسِ . زادَ فى « الكُبْرى » ، مع تَساوِى الأعْنَاقِ . ثم قال فيهما : وفى مُخْتَلِفِى

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

الرَّمْيِ . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّ هذا لا يَنْضَبِطُ ولا يَقِفُ الفَرَسانِ عندَ الغايَةِ بحيث يُعْرَفُ مِساحَةُ ما بينَهما . وقد روَى الدّارَقُطْنِىُّ[1] ، بإسْنادِه عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال لعلىٍّ : « قَدْ جَعَلْتُ لَكَ هَذِهِ السَّبْقَةَ بَيْنَ النَّاسِ » . فخرجَ علىٌّ ، فدَعا سُراقَةَ بنَ مالِكٍ ، فقال : يا سُراقَةُ ، إنِّى قد جَعَلْتُ إليكَ ما جَعَلَ النبىُّ ﷺ فى عُنُقِى مِن هذه السَّبْقَةِ فى عُنُقِك ، فإذا أتَيْتَ المَيْطانَ[2] - قال أبو عبدِ الرحمنِ : المَيْطانُ مُرْسَلُها مِن الغايَةِ - فصُفَّ الخيلَ ، ثم نادِ : هل مِن مُصْلِحٍ لِلجامٍ ، أو حاملٍ لغُلامٍ ، أو طارِحٍ لجِلٍّ[3] . فإذا لم يُجِبْكَ أحَدٌ فكَبِّرْ ثلاثًا ، ثم خَلِّها عندَ الثالثةِ ، فيُسْعِدُ اللهُ بسَبَقِه مَن شاء مِن خَلْقِه . وكان علىٌّ يَقْعُدُ عندَ مُنْتَهَى الغايَةِ يَخُطُّ خَطًّا ، ويُقِيمُ رَجُلَيْن مُتَقابِلَيْن عندَ طَرَفِ الخَطِّ ، طَرَفُه بينَ إبْهامَىْ أرْجُلِهما ، وتَمُرُّ الخَيْلُ بينَ الرَّجُلَيْن ، ويقولُ لهما : إذا خَرَجَ أحَدُ الفَرَسَيْن على صاحِبِه بطَرَفِ أُذُنَيْه ، أو أُذُنٍ ، أو عِذارٍ ، فاجْعَلُوا السَّبْقَةَ له ، وإن

الإنصاف

العُنُقِ والإبِلِ ، بالكَتِفِ . زادَ فى « الكُبْرى » ، أو ببعضِه . ثم قال فيهما : وقلتُ : فى الكُلِّ بالأقْدامِ . انتهى . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وإنْ شُرِطَ السَّبْقُ بأقْدامٍ مَعْلومَةٍ ؛ كثَلاثَةٍ أو أكْثَرَ أو أقَلَّ ، لم يصِحَّ .

---

(١) فى : كتاب السبق بين الخيل . سنن الدارقطنى ٣٠٥/٤ - ٣٠٧ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب لا جلب ولا جنب فى الرهان ، من كتاب السبق . السنن الكبرى ٢٢/١٠ .

(٢) الميطان ، بفتح الميم وسكون الياء : من جبال المدينة . معجم البلدان ٧١٦/٤ .

(٣) الجلُّ : ما تُلْبَسُه الدابة لتصان به .

المقنع

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَجْنُبَ أَحَدُهُمَا مَعَ فَرَسِهِ فَرَسًا يُحَرِّضُهُ عَلَى الْعَدْوِ ، وَلَا يَصِيحَ بِهِ وَقْتَ سِبَاقِهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا جَلَبَ وَلَا جَنَبَ » .

الشرح الكبير

شَكَكْتُما ، فاجْعَلُوا سَبَقَهما نِصْفَيْن . وهذا الأدَبُ الذى ذَكَرَه فى هذا الحديثِ ، فى ابْتداءِ الإِرْسالِ وانْتِهاءِ الغايَةِ ، من أَحْسَنِ ما قِيلَ فى هذا ، مع كَوْنِه مَرْوِيًّا عن أميرِ المُؤْمِنِين علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فى قَضِيَّةٍ أَمَرَه بها رسولُ اللهِ ﷺ ، وفَوَّضَها إليه ، فيَنْبَغِى أن تُتَّبَعَ ، ويُعْمَلَ بها .

٢٢٤١ – مسألة : (ولا يَجُوزُ أن يَجْنُبَ أحَدُهما مع فَرَسِه فَرَسًا ، يُحَرِّضُه على العَدْوِ ، ولا يَصِيحَ به فى وَقْتِ سِبَاقِه ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « لَا جَلَبَ وَلَا جَنَبَ ») رَواه أبو داودَ[1] . مَعْنَى الجَنَبِ ، أن يَجْنُبَ

الإنصاف

قوله : ولا يَجُوزُ أَنْ يَجْنُبَ أَحَدُهما مع فَرَسِه فَرَسًا يُحَرِّضُه على العَدْوِ ، ولا يَصِيحَ به فى وَقْتِ سِباقِه . هذا المذهبُ . أعْنِى ، فِعْلُ ذلك مُحَرَّمٌ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به أكثرُهم . وقال ابنُ رَزِينٍ فى « مُخْتَصَرِه » : يُكْرَهان . وفسَّر القاضى الجَنَبَ ؛ بأَنْ يَجْنُبَ فرَسًا آخرَ معه ، فإذا قصَّر المَرْكُوبُ ، ركَب المَجْنُوبَ .

---

(١) فى : باب أين تصدق الأموال ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب فى الجلب على الخيل فى السباق ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ١/٣٦٩ ، ٢/٢٩ . كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن نكاح الشغار ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/٥١ ، ٥٢ . والنسائى ، فى : باب الشغار ، من كتاب النكاح ، وفى : باب الجلب ، وباب الجنب ، من كتاب الخيل . المجتبى ٦/٩١ ، ٨٩ ، ١٩٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/١٨٠ ، ٢١٥ ، ٢١٦ ، ٣/١٦٢ ، ١٩٧ ، ٤/٤٢٩ ، ٤٣٩ ، ٤٤٣ .

الشرح الكبير

المُسابِقُ إلى فَرَسِه فَرَسًا لا راكِبَ عليه ، يُحرِّضُ الذى تحته على العَدْوِ ، ويَحُثُّه عليه . وقال القاضى : مَعْناه أن يَجْنُبَ فَرَسًا يَتَحَوَّلُ عندَ الغايَةِ عليها ، لكَوْنِها أقَلَّ كَلالًا وإعْياءً . قال ابنُ المُنْذِرِ : كذا قِيلَ ، ولا أحْسَبُ هذا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الفَرَسَ التى يُسابِقُ بها لابُدَّ مِن تَعْيِينِها ، فإن كانتِ التى يَتَحَوَّلُ عنها ، فما حَصَل السَّبْقُ بها ، وإن كانتِ التى يَتَحَوَّلُ إليها ، فما حَصَلَتِ المُسابَقَةُ بها فى جَمِيعِ الحَلْبَةِ ، ومِن شَرْطِ السِّباقِ ذلك ، ولأنَّ هذا متى احْتاجَ إلى التَّحَوُّلِ والاشْتِغالِ به ، فرُبَّما سُبِق باشْتِغالِه ، لا بسُرْعَةِ غيرِه ، ولأنَّ المَقْصُودَ مَعْرِفَةُ عَدْوِ الفَرَسِ فى الحَلْبَةِ كلِّها ، فمتى كان إنَّما يَرْكَبُه فى آخِرِ الحَلْبَةِ ، فما حَصَل المَقْصُودُ . وأمّا الجَلَبُ ، فهو [٢٥٢/٤ظ] أن يَتْبَعَ الرجلُ فَرَسَه ، يَرْكُضُ خلفَه ، ويَجْلِبُ عليه ، ويَصِيحُ وراءَه ، يَسْتَحِثُّه بذلك على العَدْوِ . وهكذا فَسَّرَه مالِكٌ[1] . وقال قَتادَةُ : الجَلَبُ والجَنَبُ فى الرِّهانِ[1] . وعن أبى عُبَيْدٍ كقولِ مالِكٍ . وحُكِىَ عنه ، أنَّ الجَلَبَ أن يَحْشُرَ السَّاعِى أهلَ الماشِيَةِ ليَصْدُقَهم ، قال : فلا يَفْعَلْ ، لِيَأْتِهم على مِياهِهم فيَصْدُقَهم[2] . والتَّفسيرُ الأوَّلُ أصَحُّ ؛ لِما رَوَى عِمْرانُ بنُ حُصَيْنٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَا جَلَبَ وَلَا جَنَبَ فى الرِّهَانِ » . رَواه أبو داودَ[3] . ويُرْوَى عن ابنِ عباسٍ ، عن النبىِّ ﷺ ،

الإنصاف ....

(١) أخرجهما البيهقى ، فى : باب لا جلب ولا جنب فى الرهان ، من كتاب الرمى . السنن الكبرى ١٠/ ٢١ ، ٢٢ .

(٢) انظر : غريب الحديث ٣/ ١٢٧ ، ١٢٨ .

(٣) فى : باب فى الجلب على الخيل فى السباق ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢/ ٢٩ .

المقنع

فَصْلٌ فِى الْمُنَاضَلَةِ : وَتُشْتَرَطُ لَهَا شُرُوطٌ أَرْبَعَةٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ تَكُونَ عَلَى مَنْ يُحْسِنُ الرَّمْىَ ، فَإِنْ كَانَ فِى أَحَدِ الْحِزْبَيْنِ مَنْ لَا يُحْسِنُهُ ، بَطَلَ الْعَقْدُ فِيهِ ، وَأُخْرِجَ مِنَ الْحِزْبِ الْآخَرِ مِثْلُهُ ، وَلَهُمُ

الشرح الكبير

أنه قال : « مَنْ أجْلَبَ عَلَى الْخَيْلِ يَوْمَ الرِّهَانِ فَلَيْسَ مِنَّا »[1] .

قال الشيخُ ، رَحِمَه اللهُ :

(**فصلٌ فى المُناضَلَةِ**) وهى المُسابَقَةُ فى الرَّمْىِ بالسِّهامِ ، والمُناضَلَةُ : مَصْدَرُ ناضَلْتُه نِضالًا ومُناضَلَةً ، وسُمِّىَ الرَّمْىُ نِضالًا ؛ لأنَّ السَّهْمَ التَّامَّ يُسَمَّى نَضْلًا ، فالرَّمْىُ به عَمَلٌ بالنَّضْلِ ، فسُمِّىَ نِضالًا ومُناضَلَةً ، مثل جادَلْتُه جِدالًا ومُجادَلَةً (ويُشْتَرَطُ لها شُرُوطٌ أرْبَعَةٌ ؛ أحَدُها ، أن تكونَ على مَن يُحْسِنُ الرَّمْىَ ، فإن كان فى أحَدِ الحِزْبَيْن مَن لا يُحْسِنُه ، بَطَل العَقْدُ فيه) [2]إذا كان كلُّ حِزْبٍ جَماعَةً[2] (وأُخْرِجَ مِن الحِزْبِ الآخَرِ) مَن جُعِل بإزائِه ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ مِن الزَّعِيمَيْن يَخْتارُ واحِدًا ، ويَخْتارُ الآخَرُ فى مُقابَلَتِه آخَرَ ، كما لو بَطَل العَقْدُ فى بَعْضِ المَبِيعِ ، بَطَل فى ثَمَنِه . وهل

الإنصاف

قوله فى المُناضَلَةِ : ويُشْتَرَطُ لها شُرُوطٌ أَرْبَعَةٌ ؛ أَحَدُها ، أَنْ تَكُونَ على مَن يُحْسِنُ الرَّمْىَ ، فإنْ كانَ فى أَحَدِ الحِزْبَيْن مَن لا يُحْسِنُه ، بَطَلَ العَقْدُ فيه ، وأُخْرِجَ مِنَ الحِزْبِ الآخَرِ مثلُه ، ولهم الفَسْخُ إنْ أَحَبُّوا . فظاهِرُه ، عدَمُ بُطْلانِ العَقْدِ ؛ لقَوْلِه : ولهم الفَسْخُ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، وصحَّحه فى

---

(١) لم نجده .

(٢ - ٢) سقط من : م .

المقنع

الْفَسْخُ إِنْ أَحبُّوا . الثَّانِى مَعْرِفَةُ عَدَدِ الرِّشْقِ ، وَعَدَدِ الْإِصَابَةِ .

الشرح الكبير

يَبْطُلُ فى الباقِين ؟ على وَجْهَيْن ، بِناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . فإن قُلْنا : لا يَبْطُلُ . فلكلِّ حِزْبٍ الخيارُ لتَبْعِيضِ الصَّفْقَةِ فى حَقِّهم ، فإن كان يُحْسِنُ الرَّمْىَ ، لكنَّه قَلِيلُ الإِصابَةِ ، فقال حِزْبُه : ظَنَنّاه كَثِيرَ الإِصابَةِ . أو : لم نَعْلَمْ حالَه . وإن بان كَثِيرَ الإِصابَةِ ، فقال الحِزْبُ الآخَرُ : ظَنَنّاه قَلِيلَ الإِصابَةِ . لم يُسْمَعْ ذلك منهم ؛ لأنَّ شَرْطَ دُخُولِه فى العَقْدِ أن يكونَ مِن أهلِ الصَّنْعَةِ دُونَ الحِذْقِ ، كما لو اشْتَرَى عَبْدًا على أنَّه كاتِبٌ ، فبان حاذِقًا أو ناقِصًا فيها[1] ، لم يُؤَثِّرْ (الثانِى ، مَعْرِفَةُ عَدَدِ الرِّشْقِ ، وعَدَدِ الإِصابَةِ) الرِّشْقُ ، بكَسْرِ الرّاءِ : عَدَدُ الرَّمْىِ . وأهلُ العَرَبِيَّةِ يَقُولُون : هو عِبارَةٌ عمّا بينَ العِشْرِين والثَّلاثِين . والرَّشْقُ ، بفَتْحِ الرّاءِ : الرَّمْىُ ، مَصْدَرُ رَشَقْتُ رَشْقًا . وإنَّما اشْتُرِطَ عِلْمُه ؛ لأنَّه لو كان مَجْهُولًا أفْضَى إلى الاخْتِلافِ ، لأنَّ أحَدَهما قد يُرِيدُ القَطْعَ ، والآخَرُ الزِّيادَةَ . ولابُدَّ مِن مَعْرِفَةِ عَدَدِ الإِصابَةِ ، فيَقُولان : الرِّشْقُ عِشْرُون ، والإِصابَةُ خَمْسَةٌ – أو – سِتَّةٌ . أو ما يَتَّفقان عليه ، إلَّا أنَّه لا يَصِحُّ اشْتِراطُ إصابَةٍ تَنْدُرُ ، كإِصابَةِ جَمِيعِ الرِّشْقِ ، [٢٥٣/٤و] أو تِسْعَةٍ مِن عَشَرَةٍ ، ونحوِ هذا ؛ لأنَّ الظّاهِرَ أنَّه لا يُوجَدُ ، فيَفُوتُ الغَرَضُ . وإنَّما اشْتُرِطَ العِلْمُ بعَدَدِ الإِصابَةِ ؛ ليَتَبَيَّنَ حِذْقُهما .

الإنصاف

« النَّظْمِ » وغيرِه . قال المُصَنِّفُ ، والشّارِحُ : وفى بُطْلانِ العَقْدِ وَجْهان ؛ بِناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . وقد عَلِمْتَ قبلُ أنَّه لا يَبْطُلُ العَقْدُ فى الباقِى . على الصَّحِيحِ ،

---

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : ويُشْتَرَطُ اسْتِواؤُهما فى عَدَدِ الرِّشْقِ والإِصابَةِ وصِفَتِها ، وسائِرِ أحْوالِ الرَّمْى . فإن جَعَلا رِشْقَ أحَدِهما عَشَرَةً ، والآخرِ عِشْرِين ، أو شَرَطا أن يُصِيبَ أحَدُهما خَمْسَةً ، والآخَرُ ثَلاثَةً ، أو شَرَطا إصابَةَ أحَدِهما خَواسِقَ والآخرِ خَواصِلَ ، أو شَرَطا أن يَحُطَّ أحَدُهما مِن إصابَتِه سَهْمَيْن ، أو يَحُطَّ سَهْمَيْن من إصابَتِه بسَهْمٍ مِن إصابَةِ صاحِبه ، أو شَرَطا[1] أنْ يَرْمِيَ أحَدُهما مِن بُعْدٍ والآخَرُ مِن قُرْبٍ ، أو أن يَرْمِيَ أحَدُهما وبينَ أصابِعِه سَهْمٌ ، والآخَرُ بينَ أصابِعِه سَهْمان ، أو أن يَرْمِيَ أحَدُهما وعلى رَأْسِه شيءٌ والآخَرُ خالٍ عن شاغِلٍ ، أو أن يَحُطَّ عن أحَدِهما واحِدًا مِن خَطَئِه لا له ولا عليه ، وأشْباهُ هذا مِمّا تَفُوتُ به المُساواةُ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ مَوْضُوعَها على المساواةِ ، والغرضُ معرفةُ الحِذْقِ وزيادةِ أحدِهما على الآخرِ فيه ، ومع التَّفاضُلِ لا يَحْصُلُ ، فإنَّه رُبَّما أصاب أحَدُهما لكَثْرَةِ رَمْيِه لا لحِذْقِه ، فاعْتُبِرَتِ المُساواةُ ، كالمُسابَقَةِ بالحَيَوانِ .

الإنصاف

فكذا هنا .

فوائد ؛ الأُولَى ، لو عقَدَ النِّضالَ جماعَةٌ ليَقْتَسِمُوا بعدَ العَقْدِ حِزْبَيْن برِضاهم لا بقُرْعَةٍ ، صحَّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه القاضى وغيرُه . وصحَّحه فى « الرِّعايةِ الكُبْرَى » ، وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : ويَحْتَمِلُ أنْ لا يصِحَّ . ومالا إليه . فعلى هذا : إذا تفاضَلُوا عقَدُوا النِّضالَ بعدَه . وعلى المذهبِ ، يُجْعَلُ لكُلِّ حِزْبٍ رَئِيسٌ ، فيَخْتارُ أحدُهما واحِدًا ، ثم يخْتارُ الآخرُ آخرَ

---

(١) فى م : « شرط » .

الشرح الكبير

فصل : ويُشْتَرَطُ أن تكونَ المُسابَقَةُ على الإِصابَةِ لا على البُعْدِ ، فلو قال : السَّبَقُ لأبعَدِنا رَمْيًا . لم يَجُزْ ؛ لأنَّ الغَرَضَ مِن الرَّمْىِ الإِصابَةُ لا بُعْدُ المَسافَةِ ، فإنَّ المَقْصُودَ مِن الرَّمْىِ إمّا قَتْلُ العَدُوِّ أو جَرْحُه ، أو الصَّيْدُ ، ونحوُ ذلك ، وكلُّ هذا إنَّما يَحْصُلُ مِن الإِصابَةِ ، لا مِن الإِبْعادِ .

فصل : إذا عَقَدا النِّضالَ ، ولم يَذْكُرا قَوْسًا ، صَحَّ فى ظاهِرِ كَلامِ القاضى ، ويَسْتَوِيانِ فى القَوْسِ ، إمّا العَرَبِيَّةُ وإمّا الفارِسِيَّةُ . وقال غيرُه : لا يَصِحُّ حتى يَذْكُرا نَوْعَ القَوْسِ الذى يَرْمِيان عليه فى الابْتِداءِ ؛ لأنَّ إطْلاقَه رُبَّما أفْضَى إلى الاخْتِلافِ ، وقد أمْكَنَ التَّحَرُّزُ عنه بالتَّعْيينِ للنَّوْعِ ، فَيجِبُ ذلك . وإنِ اتَّفَقا على أنَّهما يَرْمِيان بالنُّشّابِ فى الابْتِداءِ ، صَحَّ ، ويَنْصَرِفُ إلى القَوْسِ الأعْجَمِيَّةِ ؛ لأنَّ سِهامَها هو المُسَمَّى بالنُّشّابِ ، وسِهامَ العَرَبِيَّةِ يُسَمَّى نَبْلًا . فإن عَيَّنا نَوْعًا ، لم يَجُزِ العُدُولُ عنها إلى غيرِها ؛ لأنَّ أحَدَهما قد يكونُ أحْذَقَ بالرَّمْىِ بأحَدِ النَّوْعَيْن دُونَ الآخَرِ .

الإنصاف

حتى يَفرَغا ، وإنِ اخْتَلَفا فى مَن يَبْدَأُ بالخِيَرَةِ اقْتَرَعا ، ولا يَقْتَسِمان بقُرْعَةٍ ، ولا يجوزُ جَعْلُ رَئِيسِ الحِزْبَيْنِ واحِدًا ، ولا الخِيَرَةُ فى تَمَيُّزِهما إليه ، ولا السَّبْقُ عليه . الثّانيةُ ، لا يُشْتَرَطُ اسْتِواءُ عدَدِ الرُّماةِ ، على الصَّحيحِ . [٢/ ١٨٢و] صحَّحه فى « النَّظْمِ » . وجزَم به ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقيل : يُشْتَرَطُ . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وهما وَجْهان فى « التَّرْغيبِ » ، واحْتِمالان فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، واحْتِمالُ وَجْهَيْن فى « الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . الثّالثةُ ، لا يصِحُّ شَرْطُ إصابَةٍ نادِرَةٍ . ذكَرَه المُصَنِّفُ ، والشّارِحُ ، وغيرُهما . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وذكَرَ فى

المقنع

الثَّالِثُ ، مَعْرِفَةُ الرَّمْيِ ، هَلْ هُوَ مُفَاضَلَةٌ أَوْ مُبادَرَةٌ ؟ فَالْمُبادَرَةُ أَنْ يَقُولَا : مَنْ سَبَقَ إِلَى خَمْسِ إِصَابَاتٍ مِنْ عِشْرِينَ رَمْيَةً ، فَقَدْ سَبَقَ ، فَأَيُّهُمَا سَبَقَ إِلَيْهَا مَعَ تَسَاوِيهِمَا فِي الرَّمْيِ فَهُوَ السَّابِقُ ، وَلَا يَلْزَمُ إِتْمَامُ الرَّمْيِ .

الشرح الكبير

(الثالثُ ، مَعْرِفَةُ الرَّمْيِ ، هل هو مُفاضَلَةٌ أو مُبادَرَةٌ ؟) المُناضَلَةُ على ثَلاثَةِ أَضْرُبٍ ؛ أحَدُها ، يُسَمَّى (المُبادَرَةَ) وهى (أن يقُولا : مَن سَبَق إلى خَمْسِ إصاباتٍ [٢٥٣/٤ظ] مِن عِشْرِين رَمْيَةً ، فهو السّابِقُ . فأيُّهما سَبَق إليها مع تَساوِيهما فى الرَّمْيِ) فقد سَبَق . فإذا رَمَيا عَشَرَةً عَشَرَةً ، فأصاب أحَدُهما خَمْسًا ، ولم يُصِبِ الآخَرُ خمسًا ، فالمُصِيبُ خَمْسًا هو السّابِقُ ؛ لأَنَّه قد سَبَق إلى خَمْسٍ ، وسَواءٌ أصاب الآخَرُ أرْبَعًا ، أو ما دُونَها ، أو لم يُصِبْ شيئًا (ولا) حاجَةَ إلى (إتْمامِ الرَّمْيِ) لأَنَّ السَّبْقَ قد حَصَل بسَبْقِه إلى ما شَرَطا السَّبْقَ إليه . فإن أصاب كلُّ واحِدٍ منهما مِن العَشْرِ خَمْسًا ، فلا سابِقَ فيهما ، ولا يُكْمِلان الرِّشْقَ ؛ لأَنَّ جَمِيعَ الإِصابَةِ المَشْرُوطَةِ قد حَصَلَتْ ، واسْتَوَيا فيها . فإن رَمَى أحَدُهما عَشْرًا فأصاب

الإنصاف

« التَّرْغيبِ » وغيرِه ، أنَّه يُعْتَبرُ فيه إصابَةٌ مُمْكِنَةٌ فى العادَةِ .

قوله : الثَّالِثُ ، مَعْرِفَةُ الرَّمْيِ ، هل هو مُفاضَلَةٌ ، أو مُبادَرَةٌ ؟ وكذا هل هو محاطَّةٌ ؟ وهو حَطُّ ما تَساوَيا فيه بإصابَةٍ مِن رِشْقٍ مَعْلومٍ مع تَساوِيهما فى الرَّمْياتِ . فيُشْتَرطُ مَعْرِفَةُ ذلك ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايةِ

المقنع وَالْمُفَاضَلَةُ أَنْ يَقُولَا : أَيُّنَا فَضَلَ صَاحِبَهُ [١٣٥و] بِخَمْسِ إِصَابَاتٍ مِنْ عِشْرِينَ رَمْيَةً ، سَبَقَ ، فَأَيُّهُمَا فَضَلَ بِذَلِكَ ، فَهُوَ السَّابِقُ .

الشرح الكبير خَمْسًا ، ورَمَى الآخَرُ تِسْعًا فأصاب أرْبعًا ، لم يُحْكَمْ بالسَّبْقِ ولا بعَدَمِه ، حتى يَرْمِيَ العاشِرَ ، فإن أصاب به ، فلا سابِقَ فيهما ، وإن أخْطَأ به ، فقد سَبَقَ الأوَّلُ . فإن لم يكنْ أصاب مِن التِّسْعَةِ إلَّا ثلاثًا ، فقد سُبِق ، ولا يَحْتاجُ إلى رَمْيِ العاشِرِ ؛ لأنَّ أكْثَرَ ما يَحْتَمِلُ أن يُصِيبَ به ، ولا يُخرِجُه عن كَوْنِه مَسْبُوقًا .

الثانِى (المُفاضَلَةُ) وهى (أن يَقُولا : أيُّنا فَضَلَ صاحِبَه) بإصابَةٍ أو إصابَتَيْن أو ثَلاثٍ (مِن عِشْرِين رَمْيَةً) فقد (سَبَق) . وتُسَمَّى مُحاطَّةً ؛ لأنَّ ما تَساوَيا فيه مِن الإِصابَةِ مَحْطُوطٌ غيرُ مُعْتَدٍّ به . ويَلْزَمُ إكْمالُ الرِّشْقِ إذا كان فيه فائِدَةٌ . فإذا قالا : أيُّنا فَضَل صاحِبَه بثَلاثٍ ، فهو سابِقٌ . فرَمَيا اثْنَىْ عَشَرَ سَهْمًا ، فأصاب بها أحَدُهما ، وأخْطَأها[1] الآخَرُ كلَّها ، لم

الإنصاف الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرَى » : ويجِبُ بَيانُ حُكْمِ الإِصابَةِ ، هل هى مُناضَلَةٌ ، أو غيرُها . وقيل : يُسْتَحَبُّ . انتهى . وظاهِرُ كلامِ القاضى ، لايَحْتاجُ إلى اشْتِراطِ ذلك ؛ لأنَّ مُقْتَضَى النِّضالِ المُبادَرَةُ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقال فى « الرِّعايةِ الكُبْرَى » أيضًا : ويُسَنُّ أنْ يصِفا الإِصابَةَ ؛ فيَقُولان : خَواصِلُ ، ونحْوُه . وقيل : يجِبُ .

---

(١) فى م : « أخطأ » .

الشرح الكبير

يَلْزَمْ إتْمامُ الرِّشْقِ ؛ لأنَّ أكْثَرَ ما يُمْكِنُ أن يُصِيبَ الآخَرُ الثّمانِيَةَ الباقِيَةَ ، ويُخْطِئَها[1] الأوَّلُ ، ولا يَخْرُجُ الأوَّلُ بهذا عن كَوْنِه سابِقًا . وإن كان الأوَّلُ إنَّما أصاب مِن الاثْنَتَىْ عَشْرَةَ عَشْرًا ، لَزِمَهما أن يَرْمِيا الثالثةَ عَشْرَةَ ، فإن أصابا بها أو أخْطآ ، أو أصابَها الأوَّلُ وَحْدَه ، فقد سَبَق ، ولا يَحْتاجُ إلى إتْمامِ الرِّشْقِ . وإن أصابَها الآخَرُ [2]دُون الأوَّلِ[2] ، فعليهما أن يَرْمِيا الرّابِعَةَ عَشْرَةَ ، والحُكْمُ فيها وفيما بعدَها ، كالحُكْمِ فى الثالثةَ عَشْرَةَ ، [3]فى أنَّه[3] متى ما أصاباها ، أو أخْطآ ، أو أصابَها الأوَّلُ ، فقد سَبَق ، ولا يَرْمِيان ما بعدَها . وإن أصابَها الآخَرُ وَحْدَه ، رَمَيا ما[4] بعدَها . وكذا كلُّ مَوْضِعٍ يكونُ فى إتْمامِ الرِّشْقِ فائِدَةٌ لأحَدِهما ، يَلْزَمُ إتْمامُه ، وإن يَئِس مِن الفائِدَةِ ، لم يَلْزَمْ إتْمامُه . فإذا بَقِىَ مِن العَدَدِ ما يُمْكِنُ أن يَسْبِقَ أحَدُهما به صاحِبَه ، أو يُسْقِطَ به سَبْقَ صاحِبِه ، لَزِم الإتْمامُ ، وإلَّا فلا . فإذا كان السَّبْقُ يَحْصُلُ بثَلاثِ إصاباتٍ مِن عِشْرِين ، فرَمَيا ثَمانِىَ عَشْرَةَ ، فأخْطآها ، أو أصاباها ، أو تَساوَيا [٢٠٤/٤و] فى الإصابَةِ فيها ، لم يَلْزَمِ الإتْمامُ ؛ لأنَّ أكْثَرَ ما يَحْتَمِلُ أن يُصِيبَ أحَدُهما هاتَيْن الرَّمْيَتَيْن ، ويُخْطِئَهما الآخَرُ ، ولا يَحْصُلُ السَّبْقُ بذلك . وكذلك إن فَضَل أحَدُهما الآخَرَ بخَمْسِ إصاباتٍ فما زاد ، لم يَلْزَمِ الإتْمامُ ؛ لأنَّ إصابَةَ الآخَرِ السَّهْمَيْن

الإنصاف ....

(1) فى الأصل ، ر ، ق : « يخطها » .

(2 - 2) فى تش ، ر 1 ، م : « وحده » .

(3 - 3) فى م : « فإنه » .

(4) سقط من : م .

الشرح الكبير

الباقِيَيْن ، لا يُخرِجُ الآخَرَ عن كَوْنِه فاضِلًا بثلاثِ إصاباتٍ ، وإن لم يَفْضُلْه إلَّا بأرْبعٍ ، رَمَيا السَّهْمَ الآخِرَ ، فإن أصابَه المَفْضُولُ وَحْدَه ، فعليهما رَمْىُ الآخِرِ ، فإن أصابَه المَفْضُولُ أيضًا ، سَقَط سَبْقُ الأوَّلِ ، وإن أخْطآ فى أحَدِ السَّهْمَيْن ، أو أصاب الأوَّلُ فى أحَدِهما ، فهو سابِقٌ .

الثالثُ (أن يَقُولا : أيُّنا أصاب خَمْسًا مِن عِشْرِين ، فهو سابِقٌ) فمتى أصاب أحَدُهما خَمْسًا مِن العِشْرِين ، ولم يُصِبْها الآخَرُ ، فالأوَّلُ سابِقٌ ، وإن أصاب كلُّ واحِدٍ منهما خَمْسًا ، أو لم يُصِبْ واحِدٌ منهما خَمْسًا ، فلا سابِقَ فيهما . وهذه فى مَعْنَى المُحاطَّةِ ، فى أنَّه يَلْزَمُ إتْمامُ الرَّمْىِ ما كان فيه فائِدَةٌ ، ولا يَلْزَمُ إذا خلا [1]عن الفائِدَةِ[1] . ومتى أصاب كلُّ واحِدٍ منهما خَمْسًا ، لم يَلْزَمْ إتْمامُه ، ولم يكنْ فيهما سابِقٌ . وإن رَمَيا سِتَّ عَشْرَةَ رَمْيَةً ، فلم يُصِبْ واحِدٌ منهما شيئًا ، لم يَلْزَمْ إتْمامُه ، ولا سابِقَ فيهما ؛ لأنَّ أكْثَرَ ما يَحْتَمِلُ أن يُصِيبَها أحَدُهما وَحْدَه[2] ، ولا يَحْصُلُ السَّبْقُ بذلك . واخْتَلَفَ أصْحابُنا ، فقال أبو الخَطّاب : لابُدَّ مِن معْرِفَةِ الرَّمْىِ ، هل هو مُبادَرَةٌ أو مُحاطَّةٌ أو مُفاضَلَةٌ ؟ لأنَّ غَرَضَ الرُّماةِ يَخْتَلِفُ ؛ فمنهم مَن تَكْثُرُ إصابَتُه فى الابْتِداءِ دُونَ الانْتِهاءِ ، ومنهم بالعَكْسِ ، فوَجَبَ بَيانُ ذلك ؛ ليَعْلَمَ ما دَخَل فيه . وهذا الذى ذَكَرَه شيخُنا فى الكِتابِ المَشْرُوحِ . وظاهِرُ كَلامِ القاضِى ، أنَّه لا يُحْتاجُ إلى اشْتِراطِ ذلك ؛ لأنَّ مُقْتَضَى

(١ - ١) فى م : « عنها » .

(٢) فى الأصل ، تش : « واحدة » .

الشرح الكبير

النِّضالِ المُبادَرَةُ ، وأنَّ مَن بادَرَ إلى الإصابَةِ فهو السّابِقُ ؛ فإنَّه إذا شُرِط السَّبْقُ لمَن أصاب خَمْسَةً مِن عِشْرِين ، فسَبَقَ إليها واحِدٌ ، فقد وُجِد الشَّرْطُ . ولأصْحابِ الشافعىِّ وَجْهان كهَذَيْن .

فصل : فإن شَرَطَا إصابَةَ مَوْضِعٍ مِن الهَدَفِ ، على أن يُسْقِطَ ما قَرُب مِن إصابَةِ أحَدِهما ما بَعُد مِن إصابَةِ الآخَرِ ، ففَعَل ، ثم فَضَل أحَدُهما الآخَرَ بما شَرَطاه ، كان سابِقًا . ذَكَرَه القاضى . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه نَوْعٌ مِن المُحاطَّةِ . فإذا أصاب أحَدُهما مَوْضِعًا بينَه وبينَ الغَرَضِ شِبْرٌ ، وأصاب الآخَرُ مَوْضِعًا بينَه وبينَ الغَرَضِ أقَلُّ مِن شِبْرٍ ، سَقَط الأوَّلُ ، وإن أصاب الأوَّلُ الغَرَضَ ، أسْقَطَ الثانِىَ ، وإن أصاب [٢٥٤/٤ظ] الثانِى الدّائِرَةَ التى فى الغَرَضِ ، لم يُسْقِطِ الأوَّلَ ؛ لأنَّ الغَرَضَ كلَّه مَوْضِعُ الإصابَةِ ، فلا يَفْضُلُ أحَدُهما صاحِبَه إذا أصاباه ، إلَّا أن يَشْتَرِطَا ذلك . وإن شَرَطا أن يَحْسِبَ[1] كلُّ واحِدٍ منهما خاسِقَه بإصابَتَيْن ، جاز ؛ لأنَّ أحَدَهما لم يَفْضُلْ صاحِبَه بشىءٍ ، فقد اسْتَوَيا .

فصل : فإنْ عقَدَ النِّضالَ جماعةٌ ليَتفاصَلُوا[2] حِزْبَيْن ، فذَكَرَ القاضى أنَّه يَجُوزُ . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يجوزَ ؛ لأنَّ التَّعْيِينَ شَرْطٌ ، وقبلَ التَّفاصُلِ لم يَتَعَيَّنْ مَن فى كُلِّ واحِدٍ مِن الحِزْبَيْن . فعلى هذا ، إذا تَفاصَلُوا ، عَقَدُوا النِّضالَ بعدَه . وعلى قولِ القاضى ، يجوزُ العَقْدُ قبلَ

الإنصاف ....

(١) فى م : « يحتسب » .
(٢) فى م : « ليتناضلوا » .

الشرح الكبير

التَّفاصُلِ . ولا يَجُوزُ أن يَقْتَسِمُوا بالقُرْعَةِ ؛ لأنَّها قد تَقَعُ على الحُذّاقِ في أحَدِ الحِزْبَيْن ، وعلى الكَوادنِ في الآخَرِ ، فيَبْطُلُ مَقْصُودُ النِّضالِ ، بل يكونُ لكلِّ حِزْبٍ زَعِيمٌ[1] ، فيَخْتارُ أحَدُهما واحِدًا ، ثم يَخْتارُ الآخَرُ واحِدًا كذلك ، حتى يَتفاصَلُوا جَميعًا . ولا يَجُوزُ أن يُجْعَلَ الْخِيارُ إلى أحَدِهما في الجَمِيعِ ، ولا أن يَخْتارَ جَميعَ حِزْبِه أوَّلًا ؛ لأنَّه يَخْتارُ الحُذّاقَ في حِزْبِه . ولا يَجُوزُ أن يُجْعَلَ رَئِيسُ الحِزْبَيْن واحِدًا ؛ لأنه يَمِيلُ إلى حِزْبِه ، فتَلْحَقُه التُّهْمَةُ . ولا يجوزُ أن يَخْتارَ كلُّ واحِدٍ مِن الرَّئِيسيْن أكْثَرَ مِن واحِدٍ واحِدٍ ؛ لأنَّه أبْعَدُ مِن التَّساوِى . فإذا اخْتَلَفا في المُبْتَدِئِ بالخِيارِ ، أُقْرِعَ بينَهما . ولو قال أحَدُهما : أنا أخْتارُ أوَّلًا وأُخْرِجُ السَّبَقَ ، أو يُخْرِجُه أصْحابِى . لم يَجُزْ ؛ لأنَّ السَّبَقَ إنَّما يُسْتَحَقُّ بالسَّبْقِ ، لا في مُقابَلَةِ تَفَضُّلِ أحَدِهما بشيءٍ .

فصل : إذا أخْرَجَ أحَدُ الزَّعِيمَيْن السَّبَقَ مِن عندِه ، فسُبِقَ حِزْبُه ، لم يَكُنْ على حِزْبِه شيءٌ ؛ لأنَّه جَعَلَه على نَفْسِه دُونَهم . وإن شَرَطَه عليهم ، فهو عليهم بالسَّوِيَّةِ ، ويُقْسَمُ على الحِزْبِ الآخَرِ بالسَّوِيَّةِ ، مَن أصاب ومَن أخْطَأَ ، في أحَدِ الوَجْهَيْن ، كما أنَّه على الحِزْبِ الآخَرِ بالسَّوِيَّةِ . وفي الوَجْهِ الآخَرِ ، يُقْسَمُ بينَهم على قَدْرِ الإصابَةِ ، ولا شيءَ لمَن لم يُصِبْ ؛ لأنَّ اسْتِحْقاقَه بالإصابَةِ ، فكان على قَدْرِها ، واخْتَصَّ بمَن وُجِدَت فيه ، بخِلافِ المَسْبُوقِين ، فإنَّه وَجَب عليهم لالْتِزامِهم به ، وقد اسْتَوَوْا في

(1) في الأصل : « غريم » .

الشرح الكبير

ذلك .

فصل : ومتى كان النِّضالُ بينَ حِزْبَيْن ، اشْتُرِطَ كونُ الرِّشْقِ يُمْكِنُ قَسْمُه بينَهم بغيرِ كَسْرٍ ، ويَتَساوَوْنَ فيه ، فإن كانوا ثلاثةً ، وَجَب أن يكونَ له ثُلُثٌ ، وكذلك ما زاد ؛ لأَنَّه إذا لم يَكُنْ كذلك ، بَقِىَ سَهْمٌ أو أكْثَرُ بينَهم لا يُمْكِنُ الجَماعَةَ الاشْتِراكُ فيه .

فصل : ولا يَجُوزُ أن يقولُوا : نُقْرِعُ ، فمَن خَرَجَتْ قُرْعَتُه فهو السّابِقُ . ولا أنَّ [٢٥٥/٤و] مَن خَرَجَتْ قُرْعَتُه فالسَّبَقُ عليه . ولا أن يَقُولُوا : نَرْمِى ، فأيُّنا أصاب فالسَّبَقُ على الآخرِ . لأَنَّه عِوَضٌ فى عَقْدٍ ، فلا يُسْتَحَقُّ بالقُرْعَةِ ، ولا بالإِصابَةِ . وإن شَرَطُوا أن يكونَ فُلانٌ مُقَدَّمَ حِزْبٍ ، وفُلانٌ مُقَدَّمَ الآخَرِ ، ثم فُلانٌ ثانيًا[1] مِن[2] الحِزْبِ الأَوَّلِ ، وفلانٌ ثانيًا[1] مِن الحِزْبِ الثانِى ، كان فاسِدًا ؛ لأَنَّ تَقْدِيمَ كلِّ واحِدٍ مِن الحِزْبَيْن يكونُ إلى زَعِيمِه ، وليس للحِزْبِ الآخَرِ مُشارَكَتُه فى ذلك ، فإذا شَرَطُوه كان فاسِدًا .

فصل : إذا تناضَلَ اثْنان ، وأَخْرَجَ أحَدُهما السَّبَقَ ، فقال أجْنَبِىٌّ : أنا شَرِيكُك فى الغُرْمِ والغُنْمِ ، إن نَضَلَك فنِصْفُ السَّبَقِ عَلَىَّ ، وإن نَضَلْتَه فنِصْفُه لى . لم يَجُزْ . وكذلك لو كان المُتَناضِلُون ثلاثةً منهما[3] مُحَلِّلٌ ،

(١) فى الأصل ، ق : « نائبا » .
(٢) فى تش ، م : « فى » .
(٣) أى مع الاثنين محلل .

المقنع

وَإِذَا أَطْلَقَا الْإِصَابَةَ ، تَنَاوَلَهَا عَلَى أَىِّ صِفَةٍ كَانَتْ . فَإِنْ قَالَا : خَوَاصِلَ . كَانَ تَأْكِيدًا ؛ لِأَنَّهُ اسْمٌ لَهَا كَيْفَمَا كَانَتْ .

الشرح الكبير

فقال رابعٌ للمُسْتبِقَيْن : أنا شَريكُكما فى الغُنْمِ والغُرْمِ . كان باطِلًا ؛ لأنَّ الغُنْمَ والغُرْمَ إنَّما يكونُ مِن المُناضِلِ ، فأمّا مَن لا يَرْمِى ، فلا يكونُ له غُنْمٌ ولا عليه غُرْمٌ . ولو شَرَطا فى النِّضالِ أنَّه إذا جَلَس المُسْتَبِقُ كان عليه السَّبَقُ ، لم يَجُزْ[1] ؛ لأنَّ السَّبَقَ على النِّضالِ ، وهذا الشَّرْطُ يُخالِفُ مُقْتَضَى النِّضالِ ، فكان فاسِدًا .

فصل : ولو فَضَل أحَدُ المُتَناضِلَيْن صاحِبَه ، فقال المَفْضُولُ : اطْرَحْ فَضْلَك وأُعْطِيك دينارًا . لم يَجُزْ ؛ لأنَّ المَقْصُودَ مَعْرِفَةُ الحِذْقِ ، وذلك يَمْنَعُ منه . وإن فَسَخا العَقْدَ وعَقَدا عَقْدًا آخَرَ ، جاز . وإن لم يَفْسَخاه ، ولكنْ رَمَيا تَمامَ الرِّشْقِ ، فتَمَّتِ الإِصابَةُ له مع ما أسْقَطَه ، اسْتَحَقَّ السَّبَقَ ، ورَدَّ الدِّينارَ إن كان أخَذَهُ .

٢٢٤٢ – مسألة : (وإذا أطْلَقا الإِصابَةَ ، تَناوَلَها على أىِّ صِفَةٍ كانت) لأنَّها إصابَةٌ . وذَكَر شيخُنا صِفَةَ الإِصابَةِ شَرْطًا لصِحَّةِ المُناضَلَةِ فى كتابِ « المُغْنِى »[2] .

٢٢٤٣ – مسألة[3] : (فإن قالا : خَواصِلَ . كان تَأْكِيدًا) لها

الإنصاف

....

---

(١) فى م : « يصح » .

(٢) ٤١٧/١٣ .

(٣) سقط من : تش ، ر ١ ، م .

المقنع

وَإِنْ قَالَا : خَوَاسِقَ . وَهُوَ مَا خَرَقَ الْغَرَضَ وَثَبَتَ فِيهِ . أَوْ : خَوَازِقَ . وَهُوَ مَا خَرَقَهُ ، وَلَمْ يَثْبُتْ فِيهِ . أَوْ : خَوَاصِرَ . وَهُوَ مَا وَقَعَ فِي أَحَدِ جَانِبَيِ الْغَرَضِ ، تَقَيَّدَتْ بِذَلِكَ .

الشرح الكبير

(لأنَّه اسْمٌ لها كَيْفَما كانت) قال الأزْهَرِيُّ[1] : يُقالُ : خَصَلْتُ مُناضِلِى خَصْلَةً وخَصْلًا . ويُسَمَّى ذلك الفَرْعَ والقَرْطَسَةَ ، يُقال : قَرْطَسَ . إذا أصاب .

٢٢٤٤ – مسألة : (فإن قالا : خَواسِقَ . وهو ما خَرَق الغَرَضَ وثَبَت فيه . أوْ : خَوازِقَ . وهو ما خَرَقَه) ووَقَع بينَ يَدَيْه . أو : مَوارِقَ . وهو مَا نفَذَ الغَرَضَ ، ووَقَعَ مِن[2] وَرائِه . أو : خَوارِمَ . وهو مَا خَرَم جانِبَ الغَرَضِ . أو : حَوابِىَ . وهو ما وَقَع بينَ يَدَىِ الغَرَضِ ، ثم وَثَب إليه . ومنه يُقالُ : حَبا الصَّبِىُّ (أو : خَواصِرَ . وهو ما كان فى أحَدِ جانِبَىِ الغَرَضِ) ومنه قِيلَ : الخَاصِرَةُ ؛ لأنَّها فى جانِبِ الإنْسانِ (تَقَيَّدَتِ) المُناضَلَةُ (بذلك) لأنَّ المَرْجِعَ فى المُسابَقَةِ إلى شَرْطِهما ، فيُقَيَّدُ بما شَرَطاه هٰهُنا . وإن شَرَطا الخَواسِقَ والحَوابِىَ معًا ، صَحَّ . [٤/٢٥٥ظ]

الإنصاف

قوله : وإنْ قالا : خَواسِقَ . وهو ما خرَق الغَرَضَ وثبَت فيه . هكذا قال أكثرُ الأصحابِ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . ثم قال : وقيل : أو مرَقَ ، وإنْ سقَطَ بعدَ ثَقْبِه ، أو خدْشِه ، أو نقْبِه ، و لم يَثْبُتْ فيه ، فوَجْهان . انتهى .

---

(١) فى : تهذيب اللغة ٧/١٤١ ، ١٤٢ .

(٢) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ شَرَطَا إِصَابَةَ مَوْضِعٍ مِنَ الْغَرَضِ ، كَالدَّائِرَةِ فِيهِ ، تَقَيَّدَ بِهِ . الرَّابِعُ ، مَعْرِفَةُ قَدْرِ الْغَرَضِ ؛ طُولِهِ ، وَعَرْضِهِ ، وَسُمْكِهِ ، وَارْتِفَاعِهِ مِنَ الْأَرْضِ . وَإِنْ تَشَاحَّا فِي الْمُبْتَدِئِ بِالرَّمْيِ ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا . وَقِيلَ : يُقَدَّمُ مَنْ لَهُ مَزِيَّةٌ بِإِخْرَاجِ السَّبَقِ .

الشرح الكبير

٢٢٤٥ – مسألة : (وإن شَرَطا إصابَةَ مَوْضِعٍ مِن الْغَرَضِ ، كالدّائِرَةِ فيه ، تَقَيَّدَ به) لِما ذَكَرْنا .

(الرّابعُ ، مَعْرِفَةُ قَدْرِ الغَرَضِ ؛ طُولِه ، وعَرْضِه ، وسُمْكِه ، وارْتِفاعِه مِن الأَرْضِ) الغَرَضُ ما يُقْصَدُ إصابَتُه ؛ مِن قِرْطاسٍ أو جِلْدٍ أو خَشَبٍ أو قَرْعٍ أو غيرِه ، سُمِّيَ غَرَضًا ؛ لأنَّه يُقْصَدُ ، ويُسَمَّى شارةً وشَنًّا . قال الأَزْهَرِيُّ[1] : ما نُصِب فى الهَدَفِ فهو القِرْطاسُ ، وما نُصِب فى الهَواءِ فهو الغَرَضُ . ويَجِبُ أن يكونَ قَدْرُه مَعْلُومًا بالمُشاهَدَةِ ، أو بتَقْدِيرِه بشِبْرٍ أو نحوِه ، بحَسَبِ الشَّرْطِ ، فإنَّ الإِصابَةَ تَخْتَلِفُ باخْتِلافِ صِغَرِه وكِبَرِه ، وغِلَظِه ورِقَّتِه ، فوَجَبَ اعْتِبارُ ذلك .

٢٢٤٦ – مسألة : (وإن تَشاحّا فى المُبْتَدِئِ) منهما (أُقْرِعَ بينهما . وقِيلَ : يُقَدَّمُ مَن له مَزِيَّةٌ بإخْراجِ السَّبَقِ) (٢لأنَّه تَمَيَّزَ بذلك٢) . وجُمْلَةُ

الإنصاف

قوله : وإنْ تَشاحَّا فى المُبْتَدِئِ بالرَّمْىِ ، أُقْرِعَ بينَهما – هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه – وقيل : يُقَدَّمُ مَن له مَزِيَّةٌ بإخْراجِ السَّبَقِ ، اخْتارَه القاضى . واخْتارَ فى

---

(١) فى : تهذيب اللغة ٧/٨ ، ٩/٣٩٠ .

(٢ – ٢) سقط من : ر ١ ، م .

المقنع

وَإِذَا بَدَأَ أَحَدُهُمَا فِي وَجْهٍ ، بَدَأَ الْآخَرُ فِي الثَّانِي .

الشرح الكبير

ذلك ، أنَّه لا بُدَّ فى المُناضَلَةِ مِن أن يَبْتَدِئَ أحدُهما بالرَّمْيِ ؛ لأنَّهما لو رَمَيا معًا أفْضَى إلى الاخْتِلافِ ، ولم يُعْرَفِ المُصِيبُ منهما . فإن كان المُخْرِجُ أجْنَبِيًّا ، قُدِّمَ مَن يَخْتارُه منهما ، فإن لم يَخْتَرْ وتَشاحّا ، أُقْرِعَ بينَهما ، لأنَّهما تَساوَيا فى اسْتِحْقاقِ هذا ، فصارا إلى القُرْعَةِ ، كما لو تَنازَعَ المُتَقاسِمان فى اسْتِحْقاقِ سَهْمٍ مُعَيَّنٍ ، أو فى المُبْتَدِئِ بالأخْذِ . وأيُّهما كان أحَقَّ بالتَّقْديمِ فبدَرَه الآخَرُ فرَمى ، لم يُعْتَدَّ له بسَهْمِه ، أصاب أم أخْطَأَ .

٢٢٤٧ – مسألة : (وإذا بَدَأ أحَدُهما فى وَجْهٍ ، بَدَأ الآخَرُ فى الثّانِي) تَعْدِيلًا بينَهما . فإن شَرَطا البَداءَةَ لأحَدِهما فى كلِّ الوُجُوهِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ مَوْضُوعَ المُناضَلَةِ على المُساواةِ ، وهذا تَفاضُلٌ ، فإن فَعَلا ذلك مِن غيرِ شَرْطٍ برِضاهما ، جاز ؛ لأنَّ البَداءَةَ لا أثَرَ لها فى الإِصابَةِ ، ولا فى جَوْدَةِ الرَّمْيِ . وإن شَرَطا أن يَبْدَأَ كلُّ واحِدٍ منهما مِن[1] وَجْهَيْن مُتوالِيَيْن ، جاز ؛ لتَساوِيهما . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ اشْتِراطُ البَداءَةِ فى كلِّ مَوْضِعٍ ذَكَرْنا غيرَ لازِمٍ ، ولا يُؤَثِّرُ فى العَقْدِ ؛ لأنَّه لا أثَرَ له فى تَجْوِيدِ رَمْيٍ ، ولا كَثْرَةِ إصابَةٍ ، وكَثِيرٌ مِن الرُّماةِ يَخْتارُ التَّأَخُّرَ على البِدايَةِ ، فيكونُ وُجُودُ هذا الشَّرْطِ كعَدَمِه . وإذا رَمَى البادِئُ بسَهْمٍ ، رَمَى الثانِي بسَهْمٍ كذلك ،

الإنصاف

« التَّرْغِيبِ » ، أنَّه يُعْتَبرُ ذِكْرُ المُبْتَدِئِ منهما .

---

(١) سقط من : م .

المقنع وَالسُّنَّةُ أَنْ يَكُونَ لَهُمَا غَرَضَانِ ، إِذَا بَدَأَ أَحَدُهُمَا بِغَرَضٍ ، بَدَأَ الْآخَرُ بِالثَّانِي .

الشرح الكبير حتى يَقْضِيَا رَمْيَيْهِما ؛ لأنَّ إطْلاقَ المُناضَلَةِ يقْتَضِى المُراسَلَةَ ، ولأنَّه أقْرَبُ إلى التَّساوِى ، وأنْجزُ للرَّمْىِ ، لأنَّ أحَدَهما يُصْلِحُ قَوْسَه[1] ويَعْدِلُ سَهْمَه حتى يَرْمِىَ الآخَرُ . وإن رَمَيا سَهْمَيْن سَهْمَيْن ، فحَسَنٌ . وإنِ اشْتَرَطا أن يَرْمِىَ أحَدُهما رِشْقَه ، ثم يَرْمِىَ الآخَرُ ، أو يَرْمِىَ أحَدُهما عَدَدًا ، ثم يَرْمِىَ الآخَرُ مِثْلَه ، جاز ؛ لأنَّه [٢٥٦/٤و] لا يُؤَثِّرُ فى مَقْصودِ المُناضَلَةِ ، وإن خالَفَ مُقْتَضَى الإطْلاقِ ، كما يَجُوزُ أن يَشْتَرِطَ فى البَيْعِ ما لا يَقْتَضِيه الإطْلاقُ مِن النُّقُودِ والخِيارِ والأجَلِ ، لَمّا كان غيرَ مانِعٍ مِن المَقْصُودِ .

٢٢٤٨ – مسألة : (والسُّنَّةُ أن يكونَ لهما غَرَضان) يَرْمِيان أحَدَهما ، ثم يَمْضِيانِ إليه ، فيأْخُذان السِّهامَ يَرْمِيانِ الآخَرَ ؛ لأنَّ هذا كان فِعْلَ أصْحابِ رسولِ اللهِ ﷺ ، وقد رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « مَا بَيْنَ الغَرَضَيْنِ رَوْضَةٌ مِنْ رِياضِ الْجَنَّةِ »[2] . وقال إبراهيمُ التَّيْمِىُّ : رَأَيْتُ حُذَيْفَةَ يَشْتَدُّ بينَ الهَدَفَيْن يقولُ : أنا بها[3] . فى قَمِيصٍ . وعن ابنِ عُمَرَ مِثْلُ ذلك[4] . والهَدَفُ ما يُنْصَبُ الغَرَضُ عليه ؛ إمّا تُرابٌ

الإنصاف ....

---

(١) فى م : « فرسه » .

(٢) أخرجه الديلمى ، فى مسند فردوس الأخبار ٦١/٢ بلفظ : « تعلموا الرمى فإن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة » .

(٣) بعده فى م : « أنا بها » .

(٤) تقدم الأثران فى صفحة ١١ .

الشرح الكبير

مَجْمُوعٌ ، أو حائِطٌ . ويُرْوَى أنَّ أصْحابَ رسولِ اللهِ ﷺ كانُوا يَشْتَدُّون بينَ الأغْراضِ يَضْحَكُ بَعْضُهم إلى بَعْضٍ ، فإذا جاء اللَّيْلُ كانُوا رُهْبانًا . فإن جَعَلُوا غَرَضًا واحِدًا ، جاز ؛ لأنَّ المَقْصُودَ يَحْصُلُ به ، وهو عادَةُ أهْلِ عَصْرِنا .

فصل : وإذا تَشاحّا فى الوُقُوفِ ، فإن كان المَوْضِعُ الذى طَلَبَه أحَدُهما أوْلَى ، مثلَ أن يكونَ فى أحَدِ المَوْقِفَيْن[1] يَسْتَقْبِلُ الشَّمْسَ ، أو رِيحًا يُؤْذِيه اسْتِقْبالُها ، ونحوَ ذلك ، والآخَرُ يَسْتَدْبِرُها ، قُدِّمَ قولُ مَن طَلَب اسْتِدْبارَها ؛ لأنَّه العُرْفُ ، إلَّا أن يكونَ فى شَرْطِهما اسْتِقْبالُ ذلك ، فالشَّرْطُ أوْلَى ، كما لو اتَّفَقا على الرَّمْىِ ليلًا . وإن كان المَوْقِفان سَواءً ، كان ذلك إلى الذى يَبْدَأُ ، فيَتْبَعُه الآخَرُ ، فإذا كان فى الوَجْهِ الثانِى ، وَقَف الثانى حيث شاءَ ، ويَتْبَعُه الأوَّلُ .

فصل : فإن أراد أحَدُهما التَّطْوِيلَ والتَّشاغُلَ عن الرَّمْىِ بما لا حاجَةَ إليه ؛ مِن مَسْحِ القَوْسِ والوَتَرِ ، ونحوِ ذلك ، إرادَةَ التَّطْوِيلِ على صاحِبِه ، لَعَلَّه يَنْسَى القَصْدَ الذى أصاب به أو يَفْتُرُ ، مُنِع مِن ذلك ، وطُولِبَ بالرَّمْىِ ، ولا يُزْعَجُ بالاسْتِعْجالِ بالكُلِّيَّةِ ، بحيث يُمْنَعُ مِن تحَرِّى الإصابَةِ . ويُمْنَعُ كلُّ واحِدٍ منهما مِن الكَلامِ الذى يَغِيظُ به صاحِبَه ، مثلَ أن يَرْتَجِزَ ، ويَفْتَخِرَ ، ويَتَبَجَّحَ بالإصابَةِ ، ويُعَنِّفَ صاحِبَه على الخَطَأ ،

الإنصاف ....

(١) فى ر : « الموقعين » ، وفى ق : « المرفقين » .

المقنع وَإِذَا أَطَارَتِ الرِّيحُ الْغَرَضَ ، فَوَقَعَ السَّهْمُ مَوْضِعَهُ ، فَإِنْ كَانَ شَرْطُهُمْ خَوَاصِلَ ، احْتُسِبَ بِهِ ،وَإِنْ كَانَ خَوَاسِقَ ،لَمْ يُحْتَسَبْ لَهُ بِهِ [١٣٥ظ] وَلَا عَلَيْهِ .

الشرح الكبير أو يُظْهِرَ[1] أنَّه يُعَلِّمُه . وهكذا الحاضِرُ معهما ، مثلُ الأمِينِ والشّاهِدَيْن ، يُكْرَهُ لهم مَدْحُ المُصِيبِ وتَعْنِيفُ المُخْطِئِ وزَجْرُه ؛ لأنَّ فيه كَسْرَ قَلْبِ أحَدِهما وغَيْظَه .

٢٢٤٩ – مسألة : (وإذا أطارَتِ الرِّيحُ الغَرَضَ ، فوَقَعَ السَّهْمُ مَوْضِعَهُ ، فإن كان شَرْطُهما خَواصِلَ ، احْتُسِبَ) له (به) لِعِلْمِنا أنَّه لو كان الغَرَضُ فى مَوْضِعِه أصابَه .

[٢٥٦/٤ظ] **٢٢٥٠** – مسألة : (وإن كانَ) شَرْطُهما (خَواسِقَ ، لم يُحْتَسَبْ له به ، ولا عليه) وهذا قولُ أبى الخَطّابِ ؛ لأنّا لا نَدْرِى هل يَثْبُتُ فى الغَرَضِ إن كان مَوْجُودًا أو لا ؟ وقال القاضى : يُنْظَرُ ؛ فإن كانت صَلابَةُ الهَدَفِ كصَلابَةِ الغَرَضِ ، فثَبَتَ فى الهَدَفِ ، احْتُسِبَ له به ؛ لأنَّه

الإنصاف قوله : وإنْ أَطَارَتِ الرِّيحُ الغَرَضَ ، فوَقَعَ السَّهْمُ مَوْضِعَه ؛ فإنْ كان شَرْطُهم خَواصِلَ ، احْتُسِبَ به – بلا نِزاعٍ – وإنْ كان خواسِقَ ، لم يُحْتَسَبْ له به ولا عليه . هذا المذهبُ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » . وقال القاضى : نَنْظُرُ ؛ فإنْ كانتْ صلابَةُ الهدَفِ كصَلابَةِ الغَرَضِ ، فثَبَتَ فى الهَدَفِ ، احْتُسِبَ له به ، وإلَّا فلا يُحْتَسَبُ له به ولا عليه .

---

(١) بعده فى ر ، م : « له » .

الشرح الكبير

لو بَقِيَ مَكانَه لثَبَتَ فيه ، كثُبُوتِه فى الهَدَفِ ، وإن لم يَثْبُتْ فيه مع التَّساوِى ، لم يُحْتَسَبْ . وإن كان الهَدَفُ أصْلَبَ فلم يَثْبُتْ فيه ، أو كان رِخْوًا ، لم يُحْتَسَبِ السَّهْمُ له ولا عليه ؛ لأنَّا لا نَعْلَمُ هل كان يَثْبُتُ فى الغَرَضِ لو بَقِىَ مَكانَه أو لا ؟ وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . فإن وَقَع السَّهْمُ فى غيرِ مَوْضِعِ الغَرَضِ ، احْتُسِبَ به على رامِيه ؛ لأنَّه أخْطَأَ ، ولو وَقَع فى الغَرَضِ فى المَوْضِعِ الذى طار إليه ، حُسِب عليه أيضًا ، إلَّا أن يكونا اتَّفَقا على رَمْيِه فى المَوْضِعِ الذى طار إليه . وكذلك الحُكْمُ إذا ألْقَتِ الرِّيحُ الغَرَضَ على وَجْهِه .

فصل : إذا كان شَرْطُهما خَواصِلَ ، فأصاب بنَصْلِ السَّهْمِ ، حُسِب له كيف كان ، فإن أصاب بعَرْضِه ، أو بفُوقِه ، نحوَ أن يَنْقَلِبَ السَّهْمُ بين يَدَىِ الغَرَضِ ، فيُصِيبَ فُوقُه الغَرَضَ ، لم يُعْتَدَّ به ؛ لأنَّ هذا مِن سَيِّئِ الخَطَأَ . فإنِ انْقَطَعَ السَّهْمُ قِطْعَتَيْن ، فأصابَتِ القِطْعَةُ الأُخْرَى ، لم يُعْتَدَّ به . وإن كان الغَرَضُ جِلْدًا خِيطَ عليه شَنْبَرٌ كَشَنْبَرِ المُنْخُلِ ، وجَعَلا له عُرًى وخُيُوطًا تُعَلَّقُ به فى العُرَى ، فأصاب الشَّنْبَرَ أو العُرَى ، نَظَرْتَ فى شَرْطِهما ؛ فإن شَرَطا إصابَةَ الغَرَضِ ، اعْتُدَّ له ؛ لأنَّ ذلك مِن الغَرَضِ ، فأمَّا المَعالِيقُ ، وهى الخُيُوطُ ، فلا يُعْتَدُّ له بإصابَتِها على كلا الشَّرْطَيْن ؛ لأنَّها ليسَتْ مِنَ الجِلْدَةِ ولا مِنَ الغَرَضِ ، فهى كالهَدَفِ .

فصل : فإن كان شَرْطُهما خَواسِقَ ، وهو ما ثَقَب الغَرَضَ وثَبَت فيه ، فمتى أصاب الغَرَضَ بنَصْلِه وثَبَت فيه ، احْتُسِبَ به . وإن خَدَشَه ولم يَثْقُبْه ،

الشرح الكبير

لم يُحْتَسَبْ له ، وحُسِب عليه . وإن مَرَق منه ، احْتُسِبَ له به ؛ لأنَّ ذلك لِقُوَّةِ رَمْيِه ، فهو أبْلَغُ مِن الخاسِقِ ، وإن خَرَقَه ووَقَع بين يَدَيْه ، احْتُسِبَ له به ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّه ثَقَب ثَقْبًا يَصْلُحُ للخَسْقِ ، وإنَّما لم يَثْبُتِ السَّهْمُ لسَبَبٍ آخَرَ ، مِن سَعَةِ الثَّقْبِ أو غيرِه . والثانِى ، لا يُحْتَسَبُ له . وهو أوْلَى ؛ لأنَّ الخاسِقَ ما ثَبَت ، وهذا لم يَثْبُتْ ، وثُبُوتُه يكونُ لحِذْقِ الرّامِى ، وقَصْدِه برَمْيِه ما اتَّفَقا عليه ، إلَّا أن يكونَ امْتِناعُ السَّهْمِ مِن الثُّبُوتِ لوُجُودِ ما يَمْنَعُ الثُّبُوتَ ؛ مِن حَصاةٍ ، أو حَجَرٍ ، أو عَظْمٍ ، أو أرْضٍ غَلِيظَةٍ ، ففيه [٢٥٧/٤و] الوَجْهان أيضًا ؛ إلَّا أنَّه إذا لم يُحْتَسَبْ له ، لم يُحْتَسَبْ عليه ؛ لكونِ العارِضِ مَنَعَه مِن الثُّبُوتِ ، أشْبَهَ ما لو مَنَعَه عارِضٌ مِن الإصابَةِ . فإنِ اخْتَلَفا فى وُجُودِ العارِضِ ؛ فإن عُرِف مَوْضِعُ الثَّقْبِ باتِّفاقِهما أو بَيِّنَةٍ ، نُظِر فى المَوْضِعِ ؛ فإن لم يكنْ فيه ما يَمْنَعُ ، فالقولُ قولُ المُنْكِرِ ، وإن كان فيه ما يَمْنَعُ ، فالقولُ قولُ المُدَّعِى ، بغيرِ يَمِينٍ ؛ لأنَّ الحالَ تَشْهَدُ بصِدْقِ ما ادَّعاه . وإن لم يَعْلَما مَوْضِعَ الثَّقْبِ ، إلَّا أنَّهما اتَّفَقا على أنَّه خَرَق الغَرَضَ ، و لم يكنْ وراءَه شىءٌ (١)يَمْنَعُ ، فالقولُ قولُ المُنْكِرِ بغيرِ يَمِينٍ أيضًا ؛ لأنَّه لا مانِعَ . وإن كان وراءَه ما يَمْنَعُ(١) ، وادَّعَى المُصابُ عليه أنَّه لم يكنِ السَّهْمُ فى مَوْضِعٍ وراءَه ما يَمْنَعُ ، فالقولُ قَوْلُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ الإصابَةِ مع احْتِمالِ ما يَقُولُه المُصِيبُ . وإن أنْكَرَ أن يكونَ خَرَق ، فالقولُ قَوْلُه أيضًا مع يَمِينِه ؛ لِما ذَكَرْنا .

الإنصاف ....

(١ - ١) سقط من : الأصل .

المقنع

وَإِنْ عَرَضَ عَارِضٌ ؛ مِنْ كَسْرِ قَوْسٍ ، أَوْ قَطْعِ وَتَرٍ ، أَوْ رِيحٍ

الشرح الكبير

فصل : إذا شَرَطا خاسِقًا ، فوَقَعَ السَّهْمُ فى ثَقْبٍ فى الغَرَضِ ، أو مَوْضِعٍ بالٍ ، فثَقَبَه وثَبَت فى الهَدَفِ مُعَلَّقًا فى الغَرَضِ ؛ فإن كان الهَدَفُ صُلْبًا كصَلابَةِ الغَرَضِ ، حُسِبَ له ؛ لأنَّه عُلِمَ أنَّه لو كان الغَرَضُ صَحِيحًا ، لَثَبَتَ فيه ، وإن كان الهَدَفُ تُرابًا أُهِيلَ ، لم يُحْتَسَبْ له ولا عليه ؛ لأنَّا لا نَعْلَمُ هل كان يَثْبُتُ فى الغَرَضِ لو أصاب مَوْضِعًا منه قَوِيًّا أو لا ؟ وإن صادَفَ السَّهْمَ فى ثَقْبٍ فى الغَرَضِ قد ثَبَت فى الهَدَفِ مع قِطْعَةٍ مِن الغَرَضِ ؛ فقال الرّامِى : خَسَقْتُ ، وهذه الجِلْدَةُ قَطَعَها سَهْمِى لشِدَّةِ الرَّمْيَةِ . فأنْكَرَ الآخَرُ ، وقال : بل كانت مَقْطُوعَةً . فإن عُلِمَ أنَّ الغَرَضَ كان صَحِيحًا ، فالقولُ قولُ الرّامِى ، وإنِ اخْتَلَفا ، فذَكَرَ القاضى أنَّها كالتى قبلَها ؛ إن كان الهَدَفُ رِخْوًا (١ لم يُعْتَدَّ به ١) ، وإن كان قَوِيًّا صُلْبًا اعْتُدَّ به . وإن وَقَع سَهْمُه فى سَهْمٍ ثابتٍ فى الغَرَضِ ، اعْتُدَّ له به إن كان شَرْطُهما خَواصِلَ ، وإن كان خَواسِقَ ، لم يُحْتَسَبْ له ولا عليه ؛ لأنَّا لا نَعْلَمُ يَقِينًا أنَّه لولا فُوقُ السَّهْمِ الثّابِتِ لخَسَقَ . وإن أصابَ السَّهْمَ ثم سَبَح عنه فخَسَقَ ، احْتُسِبَ له به .

٢٢٥١ - مسألة : (وإن عَرَض عارِضٌ ؛ مِن كَسْرِ قَوْسٍ ، أو

الإنصاف

قوله : وإنْ عَرَضَ عَارِضٌ ؛ مِن كَسْرِ قَوْسٍ ، أو قَطْعِ وَتَرٍ ، أو رِيحٍ شَدِيدَةٍ ، لم يُحْتَسَبْ عليه بالسَّهْمِ . ظاهِرُه ، أنَّه يُحْتَسَبُ له به إنْ أصابَ . وهو أحدُ

(١ - ١) سقط من : الأصل ، تش ، م .

المقنع شَدِيدَةٍ ، لَمْ يُحْتَسَبْ عَلَيْهِ بِالسَّهْمِ .

الشرح الكبير قَطْعِ وَتَرٍ ، أو رِيحٍ شَدِيدَةٍ ، لم يُحْتَسَبْ عليه بالسَّهْمِ) إذا أخْطَأَ لعارِضٍ مِمّا ذَكَرْنا ، أو حَيَوانٍ اعْتَرَضَ بينَ يَدَيْه ، أو رِيحٍ شَدِيدَةٍ تَرُدُّ السَّهْمَ عَرْضًا ، لم يُحْتَسَبْ عليه بذلك السَّهْمِ ؛ لأنَّ خَطَأَه للعارِضِ ، لا لسُوءِ رَمْيِه . قال القاضى : ولو أصاب لم يُحْتَسَبْ له ؛ لأنَّه إذا لم يُحْتَسَبْ عليه ، لم يُحْتَسَبْ له ؛ لأنَّ الرِّيحَ الشَّدِيدَةَ كما يَجُوزُ أن تَصْرِفَ الرَّمْىَ الشَّدِيدَ فيُخْطِئُ ، يجوزُ أن تَصْرِفَ السَّهْمَ المُخْطِئَ عن خَطَئِه فيَقَعَ مُصِيبًا ، فتكونَ إصابَتُه بالرِّيحِ ، لا بحِذْقِ رَمْيِه . فأمّا إن وَقَع السَّهْمُ فى حائِلٍ بينَه وبينَ الغَرَضِ فمَرَقَه وأصاب الغَرَضَ ، حُسِب له ؛ لأنَّ إصابَتَه لسَدادِ [٢٥٧/٤ظ] رَمْيِه ، ومُرُوقَه لقُوَّتِه ، فهو أوْلَى مِن غيرِه . وإن كانتِ الرِّيحُ لَيِّنَةً لا تَرُدُّ السَّهْمَ عادَةً ، لم يُمْنَعْ ؛ لأنَّ الجَوَّ لا يَخْلُو مِن رِيحٍ ، ولأنَّ الرِّيحَ اللَّيِّنَةَ لا تُؤَثِّرُ إلَّا فى الرَّمْىِ الرِّخْوِ الذى لا يُنْتَفَعُ به .

فصل : إذا قال رجلٌ لآخَرَ : ارْمِ هذا السَّهْمَ ، فإن أصَبْتَ به فلك

الإنصاف الأَوْجُهِ . وهو ظاهِرُ ما قطَع به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : يُحْتَسَبُ عليه بالسَّهْمِ ، إنْ أخْطأَ . وقيل : لا يُحْتَسَبُ عليه ، ولا له . هو المذهبُ ، اخْتارَه القاضى وغيرُه . قال فى « الفُروعِ » : وهذا أشْهَرُ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وإنْ عرَض لأحدِهما كَسْرُ قَوْسٍ ، أو قَطْعُ وَتَرٍ ، أو رِيحٌ فى يَدِه . أو ردَّتْ سَهْمَه عرْضًا ، فأصابَ ، حُسِبَ له ، وإلَّا فلا . وقيل : بلَى .

الشرح الكبير

دِرْهَمٌ . صَحَّ ، وكان جَعالَةً ؛ لأَنَّه بَذَل مالًا فى فِعْلٍ له فيه غَرَضٌ[1] صَحِيحٌ ، ولم يكُنْ نِضالًا ؛ لأَنَّ النِّضالَ يكونُ بينَ اثْنَيْن أو جَماعَةٍ على أن يَرْمُوا جَمِيعًا ، ويكونُ الجُعْلُ لبَعْضِهم إذا كان سابِقًا . وإن قال : إن أَصَبْتَ به فلك دِرْهَمٌ ، وإن أَخْطَأْتَ فعليك دِرْهَمٌ[2] . لم يَصِحَّ ؛ لأَنَّه قِمارٌ . وإن قال : ارْمِ عَشَرَةَ أَسْهُمٍ ، فإن كان صَوابُك أَكْثَرَ مِن خَطَئِك ، فلك دِرْهَمٌ . صَحَّ ؛ لأَنَّه جَعَل الجُعْلَ فى مُقابَلَةِ إصابَةٍ مَعْلُومَةٍ ، فإنَّ أَكْثَرَ العَشَرَةِ أَقَلُّه سِتَّةٌ ، وليس ذلك مَجْهُولًا ؛ لأَنَّه بالأَقَلِّ يَسْتَحِقُّ الجُعْلَ . وإن قال : إن كان صَوابُك أَكْثَرَ ، فلك بكلِّ سَهْمٍ أَصَبْتَ به دِرْهَمٌ . صَحَّ . وكذلك إن قال : ارْمِ عَشَرَةً ولك بكلِّ سَهْمٍ أَصَبْتَ به منها دِرْهَمٌ . أو قال : فلك بكلِّ سَهْمٍ زائِدٍ على النِّصْفِ مِن المُصِيباتِ دِرْهَمٌ[3] . لأَنَّ الجُعْلَ مَعْلُومٌ بتَقْدِيرِه بالإِصابَةِ ، فأَشْبَهَ ما لو قال : اسْتَقِ لى مِن هذا البِئْرِ ، ولك بكلِّ دَلْوٍ تَمْرَةٌ . أو قال : مَن رَدَّ عَبْدًا مِن عَبِيدِى ، فله بكلِّ عَبْدٍ دِرْهَمٌ . وإن قال : إن كان خَطَؤُك أَكْثَرَ ، فعليك دِرْهَمٌ . أو نَحْوَ هذا ، لم يَجُزْ ؛ لأَنَّه قِمارٌ . وإن قال : ارْمِ عَشَرَةً ، فإن أَخْطَأْتَها فعليك دِرْهَمٌ . أو نَحْوَ هذا ، لم يَجُزْ ؛ لأَنَّ الجُعْلَ يكونُ فى مُقابَلَةِ عَمَلٍ ، ولم يُوجَدْ مِن المُقابِلِ[4] عَمَلٌ فيَسْتَحِقُّ به شيئًا . وكذلك[5] لو قال الرّامِى لأَجْنَبِىٌّ :

الإنصاف ....

(١) فى الأصل : « نفع » .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣) بعده فى الأصل : « صح » .
(٤) فى تش ، ر ، م : « القابل » . وفى ق : « القائل » .
(٥) فى م : « ولذلك » .

المقنع وَإِنْ عَرَضَ مَطَرٌ أَوْ ظُلْمَةٌ ، جَازَ تَأْخِيرُ الرَّمْيِ .

الشرح الكبير إن أخطَأْتَ فلك دِرْهَمٌ . لم يَجُزْ ؛ لذلك .

فصل : وإن شَرَطا أن يَرْمِيا أَرْشاقًا كَثِيرَةً ، جاز ؛ لأنَّه إذا جاز على القَلِيلِ جاز على الكَثِيرِ ، ولا بُدَّ أن تكونَ مَعْلُومَةً . فإن شَرَطا أن يَرْمِيا منها كلَّ يَوْمٍ قَدْرًا اتَّفقا عليه ، جاز ؛ لأنَّ الغَرَضَ فى ذلك صَحِيحٌ ، فإنَّهما أو أحَدَهما قد يَضْعُفُ عن الرَّمْيِ كلِّه مع حِذْقِه . وإن أطْلَقا العَقْدَ ، جاز ، وحُمِل على التَّعْجِيلِ والحُلُولِ ، كسائِرِ العُقُودِ ، فيَرْمِيان مِن أوَّلِ النَّهارِ إلى آخِرِه ، إلَّا أن يَعْرِضَ عُذْرٌ يَمْنَعُ ؛ مِن مَرَضٍ ، أو عُذْرٍ ، كرِيحٍ تُشَوِّشُ السِّهامَ ، أو لحاجَةٍ إلى طَعامٍ أو شَرابٍ أو صلاةٍ أو قَضاءِ حاجَةٍ ؛ لأنَّ هذه مُسْتَثْناةٌ بالعُرْفِ . وإذا جاء اللَّيْلُ تَرَكاه ؛ لأنَّ العادَةَ تَرْكُ الرَّمْيِ باللَّيلِ ، فحُمِلَ العَقْدُ عليه مع الإِطْلاقِ ، إلَّا أن يَشْتَرِطاه ليلًا ، فيَلْزَمَ . فإن كانَتِ اللَّيْلَةُ مُقْمِرَةً مُنِيرَةً ، اكْتُفِيَ بذلك ، وإلَّا رَمَيا فى ضَوْءِ شَمْعَةٍ أو مِشْعَلٍ .

٢٢٥٢ – مسألة : (وإن عَرَضَ مَطَرٌ أو ظُلْمَةٌ ، جاز تَأْخِيرُ الرَّمْيِ) لأنَّ المَطَرَ يُرْخِي الوَتَرَ ويُفْسِدُ الرِّيشَ . وإن عَرَض ظُلْمَةٌ ، كمَجِيءِ اللَّيْلِ ، تَرَكا الرَّمْيَ إلى الغَدِ ؛ لأنَّ العادَةَ الرَّمْيُ نهارًا ، إلَّا أن يَشْتَرِطا الرَّمْيَ ليلًا ، فيَأْخُذُ أحَدُهما صاحِبَه بذلك ، وقد ذَكَرْناه [٢٠٨/٤ و] فى الفَصْلِ قبلَه .

الإنصاف ....

المقنع

وَيُكْرَهُ لِلْأَمِينِ وَالشُّهُودِ مَدْحُ أَحَدِهِمَا؛ لِمَا فِيهِ مِنْ كَسْرِ قَلْبِ صَاحِبِهِ .

الشرح الكبير

٢٢٥٣ – مسألة[١] : (ويُكْرَهُ للأمِينِ والشُّهُودِ مَدْحُ أحَدِهما) وزَهْزَهَتُه[٢] إذا أصاب ، وعَيْبُه إذا أخْطَأَ (لِما فيه مِن كَسْرِ قَلْبِ صاحِبِه) وقد ذَكَرْناه .

الإنصاف

قوله : ويُكْرَهُ للأَمِينِ والشُّهودِ مَدْحُ أَحَدِهما ، لما فيه مِن كَسْرِ قَلْبِ صاحِبِه . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه في « الفُروعِ » . وقيل : يَحْرُمُ . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ . قلتُ : وهو قَوِىٌّ في النَّظَرِ . وقال في « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ الجَوازُ في مَدْحِ المُصِيبِ ، والكَراهَةُ في عَيْبِ غيرِه . قال : ويتَوَجَّهُ في شَيْخِ العِلْمِ وغيرِه ، مَدحُ المُصِيبِ مِنَ الطَّلَبَةِ ، وعَيْبُ غيرِه كذلك . انتهى . قلتُ : إنْ كان مَدْحُه يُفْضِى إلى تَعاظُمِ المَمْدُوحِ ، أو كَسْرِ قَلْبِ غيرِه ، قَوِىَ التَّحْرِيمُ ، وإنْ كان فيه تَحْرِيضٌ على الاشْتِغالِ ، ونحوِه ، قَوِىَ الاسْتِحْبابُ . واللهُ أعلمُ .

---

(١) سقط من : تش ، م .
(٢) أى : جعله يختال بنفسه .



المقنع

كِتَابُ الْعَارِيَّةِ

....

الشرح الكبير

كِتابُ العارِيّةِ

[٢٥٨/٤ظ] وهى مُشْتَقَّةٌ مِن عارَ الشيءُ : إذا ذَهَب وجاءَ . ومنه قِيلَ للبَطَّالِ : عَيَّارٌ ؛ لِتَرَدُّدِه فى بَطَالَتِه . والعَرَبُ تقولُ : أَعَاره وعَارَه . مثل أطَاعَه وطَاعَه . وهى إباحَةُ الانْتِفاعِ بعَيْنٍ مِن أَعْيانِ المالِ . والأَصْلُ فيها الكِتابُ والسُّنَّةُ والإِجماعُ ؛ أما الكِتابُ فقَوْلُه تعالى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ﴾[1] . رُوِىَ عن ابنِ عباسٍ وابنِ مسعودٍ قالا : العَوَارِىُّ . وفَسَّرَها ابنُ مسعودٍ ، قال : القِدْرُ والمِيزانُ والدَّلْوُ . وأما السُّنَّةُ فرُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال فى خُطْبَتِه فى حَجَّةِ الوَدَاعِ : « الْعَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ ، وَالْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ ، وَالدَّيْنُ مَقْضِىٌّ ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ »[2] . قال التِّرْمِذِىُّ : حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ . ورَوَى صَفْوانُ بنُ أُمَيَّةَ أنَّ النبىَّ ﷺ اسْتَعارَ منه أدْراعًا يَوْمَ حُنَيْنٍ ، فقال : أَغَصْبًا يا محمدُ ؟ قال : « بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ » . رَواه أبو داودَ[3] . وأجْمَعَ المُسْلِمون على جَوازِ العارِيّةِ واسْتِحْبابِها . ولأنَّه لمّا جازَتْ هِبَةُ الأعْيانِ ، جازَتْ هِبَةُ المَنافِعِ ، ولذلك

الإنصاف

كتابُ العارِيَّةِ

....

---

(١) سورة الماعون ٧ .

(٢) تقدم تخريجه فى ٦/١٣ .

(٣) فى : باب فى تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٥ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٤٠١ ، ٦/٤٦٥ .

الشرح الكبير

صَحَّتِ الوَصِيَّةُ بالأَعْيانِ والمَنافِعِ جَمِيعًا . وهى مَنْدُوبٌ إليها غيرُ واجِبَةٍ فى قولِ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ . وقِيلَ : هى واجِبَةٌ ؛ للآيَةِ ، ولِما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « مَا مِنْ صَاحِبِ إِبلٍ لَا يُؤَدِّى حَقَّها » . الحديث . قيل : يا رسولَ اللهِ ، وما حَقُّهَا ؟ قال : « إِعَارَةُ دَلْوِهَا ، وَإِطْرَاقُ فَحْلِهَا ، وَمِنْحَةُ لَبَنِهَا يَوْمَ وُرُودِهَا »(١) . فذَمَّ اللهُ تعالى مانِعَ العارِيَّةِ ، وتَوَعَّدَهُ رسولُ اللهِ ﷺ بما ذَكَره فى خَبَرِه . ولنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « إِذَا أَدَّيْتَ زَكَاةَ مَالِكَ فَقَدْ قَضَيْتَ مَا عَلَيْكَ » . رَواه ابنُ المُنْذِرِ(٢) . ورُوِىَ عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَيْسَ فى المَالِ حَقٌّ سِوَى الزَّكَاةِ »(٣) . وفى حَدِيثِ الأعرابىِّ الذى سَأَلَ النبىَّ ﷺ : ماذا فَرَض اللهُ عَلَىَّ مِن الصَّدَقَةِ ؟ أو قال : « الزَّكَاة » . قال : هل عَلَىَّ غَيْرُها ؟ قال : « لَا ، إِلَّا أَنْ تَتَطَوَّعَ شَيْئًا »(٤) . أو كما قال . والآيَةُ فَسَّرَها ابنُ عُمَرَ والحَسَنُ بالزَّكَاةِ ، وكذلك زَيْدُ بنُ أَسْلَمَ . وقال عِكْرِمَةُ : إذا جَمَعَ ثلاثَتَها فله الوَيْلُ ، إذا

الإنصاف ....

---

(١) أخرجه مسلم ، فى : باب إثم مانع الزكاة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢/٦٨٤ ، ٦٨٥ . والنسائى ، فى : باب مانع زكاة البقر ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥/١٨ . والدارمى ، فى : باب من لم يؤد زكاة الإبل والبقر والغنم ، من كتاب الزكاة . سنن الدارمى ١/٣٧٩ ، ٣٨٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٣٢١ . و لم يروه أحد من أصحاب هذه المصادر عن أبى هريرة بهذا اللفظ إنما رَوَوه عن جابر بن عبد الله . وانظر مصنف عبد الرزاق ٤/٢٦ – ٣٠ . والفتح الربانى ٨/١٩٨ ، ١٥/١٢٨ ، ١٢٩ . وإرواء الغليل ٥/٣٤٦ ، ٣٤٧ .

(٢) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء إذا أديت الزكاة فقد قضيت ما عليك ، من أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ٣ / ٩٧ . وابن ماجه ، فى : باب ما أدى زكاته ليس بكنز ، من كتاب الزكاة . سنن ابن ماجه ١ / ٥٧٠ .

(٣) تقدم تخريجه فى ٧/١٤٦ .

(٤) تقدم تخريجه فى ٣/١٢٦ .

المقنع

وَهِىَ هِبَةُ مَنْفعَةٍ ، تَجُوزُ فِى كُلِّ الْمَنَافِعِ إلَّا مَنَافِعَ الْبُضْعِ .

الشرح الكبير

سَهَا عن الصلاةِ ورَاءَى ومَنَعَ المَاعُونَ .

فصل : ولا تَجُوزُ إلَّا مِن جائِزِ التَّصَرُّفِ ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ فى المالِ ، أشْبَهَ البَيْعَ . وتَنْعَقِدُ بكلِّ لَفْظٍ أو فِعْلٍ يَدُلُّ عليها ؛ كقولِه : أعَرْتُكَ هذا . أو يَدْفَعُ إليه شيئًا ويقولُ : أبَحْتُكَ الانْتِفاعَ به . أو : خُذْ هذا فانْتَفِعْ به . أو يقولُ : أعِرْنِى هذا . أو : أعْطِنِيه أرْكَبْه ، أو أحْمِلْ عليه . فيُسَلِّمُه[1] إليه . وأشْباهُ هذا ؛ لأنَّه إباحَةٌ للتَّصَرُّفِ ، فصَحَّ بالقَوْلِ والفِعْلِ الدَّالِّ عليه ، كإباحَةِ الطَّعَامِ بقَوْلِه وتَقْدِيمِه إلى الضَّيْفِ .

٢٢٥٤ – مسألة : (وهى هِبَةُ مَنْفَعَةٍ ، تَجُوزُ فى كلِّ المَنافِعِ إلَّا مَنافِعَ البُضْعِ) تَجُوزُ إعارَةُ كلِّ عَيْنٍ يُنْتَفَعُ بها مَنْفَعَةً مُباحَةً مع بَقائِها على الدَّوَامِ ؛ كالدُّورِ ، والعَبِيدِ ، والجَوارِى ، والدَّوَابِّ ، والثِّيابِ ، والحَلْىِ لِلُّبْسِ ، والفَحْلِ للضِّرابِ ، والكَلْبِ للصَّيْدِ ، وغيرِ ذلك ؛ لأنَّ

الإنصاف

قوله : وهى هِبَةُ مَنْفَعَةٍ . هذا أحدُ الوَجْهَيْن . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « الهادِى » ، و « المَذْهَبِ الأحمدِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، أنَّها إباحَةُ مَنْفَعَةٍ . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ ، وصاحِبُ « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الفائقِ » . قال الحارِثِىُّ : وهو أمَسُّ بالمذهبِ . وقال : اخْتارَه غيرُ واحِدٍ .

---

(١) فى الأصل : « أو يسلمه » .

الشرح الكبير

النبيَّ ﷺ اسْتَعارَ أدْراعًا ، وذَكَر إعارَةَ دَلْوِها وفَحْلِها . وذَكَر ابنُ مسعودٍ عارِيَّةَ القِدْرِ والمِيزانِ ، [٤/٢٥٩و] فثَبَتَ الحُكْمُ فى هذه الأشياءِ ، وما عداها يُقاسُ عليها إذا كان فى مَعْناها . ولأنَّ ما جازَ للمالِكِ اسْتِيفاؤُه مِن المَنافعِ ، مَلَكَ إباحَتَه إذا لم يَمْنَعْ منه مانِعٌ ، كالثِّيابِ . ويَجُوزُ اسْتِعارَةُ الدَّراهِمِ والدَّنانِيرِ للوَزْنِ ، فإنِ اسْتَعارَها ليُنْفِقَها ، فهو قَرْضٌ . وهذا قولُ أصحابِ الرأىِ . وقيلَ : لا يَجُوزُ ذلك ، ولا تكونُ العارِيَّةُ فى الدَّنانيرِ ،

الإنصاف

وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وأطْلَقهما فى « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » . قال الحارِثِىُّ : ويدْخُلُ على الأوَّلِ الوَصِيَّةُ بالمَنْفَعَةِ ، وليس بإعارَةٍ . وقال : الفَرْقُ بينَ القَوْلَيْن ، أنَّ الهِبَةَ تَمْلِيكٌ يَسْتَفِيدُ به التَّصرُّفَ فى الشَّىءِ ، كما يسْتَفِيدُ فيه بعَقْدِ المُعاوَضَةِ . والإباحَةُ ؛ رَفْعُ الحَرَجِ عن تَناوُلِ ما ليس مَمْلُوكًا له . [٢/ ١٨٢ظ] . فالتَّناوُلُ مُسْتَنِدٌ إلى الإباحَةِ ، وفى الأوَّلِ مُسْتَنِدٌ إلى المِلْكِ . وقال فى تَعْليلِ الوَجْهِ الثَّانى : فإنَّ المَنْفَعَةَ لو مُلِكَتْ بمُجَرَّدِ الإعارَةِ ، لاسْتَقَلَّ المُسْتَعِيرُ بالإجارَةِ والإعارَةِ ، كما فى المَنْفَعَةِ المَمْلوكَةِ بعَقْدِ الإجارَةِ .

تنبيه : قال الحارِثِىُّ : تعْريفُ المُصَنِّفِ للعارِيَّةِ بما قال ، توَسُّعٌ لا يَحْسُنُ اسْتِعْمالُه فى هذا المَقامِ ؛ إذِ « الهِبَةُ » ، مَصْدَرٌ ، والمَصادِرُ ليستْ أعْيانًا . والعارِيَّةُ نفْسُ العَيْنِ ، وليستْ بمَعْنَى الفِعْلِ . قال : والأوْلَى إيرادُ التَّعْريفِ على لَفْظِ « الإعارَةِ » ، فيُقالُ : الإعارَةُ هِبَةُ مَنْفَعَةٍ .

قوله : تَجُوزُ فى كلِّ المَنافِعِ إلَّا مَنافِعَ البُضْعِ . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ فى الجُمْلَةِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « الفُصولِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ،

الشرح الكبير

وليس له أن يَشْتَرِىَ بها شيئًا . ولنا ، أنَّ هذا مَعْنى القَرْضِ ، فانْعَقَدَ القَرْضُ به ، كما لو صَرَّحَ به . فأما مَنافِعُ البُضْعِ فلا تُسْتَباحُ بالبَذْلِ ولا بالإِباحَةِ إجْماعًا ، وإنَّما يُباحُ بأَحَدِ شَيْئَيْنِ ؛ الزَّوْجِيّةِ ، ومِلْكِ اليَمِينِ ، قال اللهُ سبحانَه : ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَـٰفِظُونَ * إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنِ ٱبْتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْعَادُونَ ﴾[1] . ولأنَّ مَنافِعَ البُضْعِ لو أُبِيحَتْ بالبَذْلِ والعارِيَّةِ لم يُحَرَّمِ الزِّنَى ؛ لأنَّ الزَّانِيَةَ تَبْذُلُ نَفْسَها[2] له ، والزَّانِى مِثْلُها .

الإنصاف

وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : لا يجوزُ إعارَةُ كَلْبِ الصَّيْدِ ، وفَحْلِ الضِّرابِ . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ . ونسَبَه الحارِثِيُّ إلى « التَّذْكِرَةِ » ، ولم أَرَه فيها ، فى هذا البابِ . وقيل : لا يجوزُ إعارَةُ أمَةٍ شابَّةٍ لغيرِ مَحْرَمٍ ، وامْرَأَةٍ . جزَم به فى « التَّبْصِرَةِ » ، و « الكافِى » ، و « الوَجيزِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . وقيل : تِجبُ العارِيَّةُ مع غِنَى المالِكِ . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ .

فوائد ؛ الأُولَى ، تجبُ إعارَةُ المُصْحَفِ لِمَنِ احْتاجَ إلى القِراءَةِ فيه ، ولم يَجِدْ غيرَه . نقَلَه القاضِى فى « الجامِعِ الكَبِيرِ » . وخرَّجه ابنُ عَقِيلٍ فى كُتُبٍ للمُحْتاجِ إليها ؛ مِنَ القُضاةِ والحُكَّامِ ، وأَهْلِ الفَتاوَى ، وأنَّ ذلك واجِبٌ . نقَلَه فى « القاعِدَةِ التَّاسِعَةِ والتِّسْعِين » . الثَّانيةُ ، يَحْرُمُ إعارَةُ ما يَحْرُمُ اسْتِعْمالُه لمُحْرِمٍ . فهذا التَّحْرِيمُ لعارِضٍ . الثَّالثةُ ، يُشْترَطُ فيها كَوْنُ العَيْنِ مُنْتَفَعًا بها ، مع بَقاءِ عَيْنِها . واسْتَثْنَى الحارِثِيُّ جَوازَ إعارَةِ العَنْزِ وشِبْهِها لأَخْذِ لَبَنِها ، للنَّصِّ الوارِدِ فى ذلك ، وعلَّلَه .

---

(١) سورة المؤمنون : ٥ – ٧ ، سورة المعارج : ٢٩ – ٣١ .

(٢) فى م : « نفعها » .

المقنع

وَلَا تَجُوزُ إِعَارَةُ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ لِكَافِرٍ. وَتُكْرَهُ إِعَارَةُ الْأَمَةِ الشَّابَّةِ لِرَجُلٍ غَيْرِ مَحْرَمِهَا ، ....

الشرح الكبير

٢٢٥٥ – مسألة : (ولا تَجُوزُ إعَارَةُ العَبْدِ المُسْلِمِ لكافِرٍ) لأَنَّه لا يَجُوزُ تَمْكِينُه مِن اسْتِخْدامِه ، فلم تَجُزْ عارِيَّته لذلك . ولا تَجُوزُ إعارَةُ الصَّيْدِ لمُحْرِمٍ ؛ لأَنَّه لا يَجُوزُ له إمْسَاكُه .

٢٢٥٦ – مسألة : (وتُكْرَهُ إعارَةُ الأَمَةِ الشّابَّةِ لرجلٍ غيرِ مَحْرَمِها) إن كان يَخْلُو بها ، أو[1] يَنْظُرُ إليها ؛ لأَنَّه لا يُؤْمَنُ عليها . فإن

الإنصاف

قوله : ولا تَجُوزُ إعارَةُ العَبْدِ المُسْلِمِ لكافِرٍ . يعْنِى ، للخِدْمَةِ . قالَه الحارِثِيُّ . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقال فى « الفُروعِ » ، فى بابِ الإجارَةِ : لا يجوزُ إجارَةُ مُسْلِمٍ لخِدْمَةِ ذِمِّىٍّ ، على الأصحِّ ، وكذا إعارَتُه . وعنه ، يجوزُ . وقال فى بابِ العارِيَّةِ : ويجوزُ إعارَةُ ذِى نَفْعٍ جائزٍ مُنْتَفَعٍ به مع بَقاءِ عَيْنِه ، إلَّا البُضْعَ ، وما حَرُمَ اسْتِعْمالُه لمُحْرِمٍ . وفى « التَّبْصِرَةِ » ، وعَبْدًا مُسْلِمًا لكافِرٍ . ويتَوَجَّهُ ، كإجارَةٍ . وقيل فيه بالكَراهَةِ وعدَمِها . انتهى . وقال فى « الرِّعايَةِ » : ولا يُعارُ كافِرٌ عَبْدًا مُسْلِمًا . وقلتُ : إنْ جازَ أنْ يَسْتَأْجِرَه ، جازَ إعارَتُه ، وإلَّا فلا . وقال الحارِثِيُّ : لا يتَخَرَّجُ هنا مِنَ الخِلافِ مِثْلُ الإجارَةِ ؛ لأنَّ الإجارَةَ مُعاوَضَةٌ ، فتَدْخُلُ فى جِنْسِ البِياعاتِ ، وهنا بخِلافِه .

قوله : وتُكْرَهُ إعارَةُ الأَمَةِ الشَّابَّةِ لرَجُلٍ غيرِ مَحْرَمِها . هذا المذهبُ . جزَم به

(١) فى م : « و » .

المقنع

وَاسْتِعَارَةُ وَالِدَيْهِ لِلْخِدْمَةِ .

الشرح الكبير

كانت شَوْهاءَ ، أو كَبِيرةً ، فلا بَأْسَ ؛ لأنَّها لا يُشْتَهَى مِثْلُها . وتَجُوزُ إعارَتُها لامْرأةٍ ، ولذى مَحْرَمِها ؛ لعَدَمِ ذلك . ولا تَجُوزُ إعارَةُ العَيْنِ لنَفْعٍ مُحَرَّمٍ ، كإعارَةِ الدّارِ لمَن يَشْرَبُ فيها الخَمْرَ ، أو يَبِيعُه ، أو يَعْصِى اللهَ تعالى فيها ، ولا إعارَةُ عَبْدٍ للزَّمْرِ ، أو ليَسْقِيَه[1] الخَمْرَ ، أو يَحْمِلَها إليه ، أو يَعْصِرَها ، ونَحْوِ ذلك ؛ لأنَّه إعانَةٌ على المُحَرَّمِ .

٢٢٥٧ – مسألة : (واسْتِعارَةُ والِدَيْه للخِدْمَةِ) [2]يُكْرَهُ أن يَسْتَعِيرَ والِدَيْه لخِدْمَتِه[2] ؛ لأنَّه يُكْرَهُ اسْتِخْدامُهما ، فكُرِهَ اسْتِعارَتُهما لذلك .

الإنصاف

فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الفائقِ » . قال فى « الفُروعِ » : هذا الأشْهَرُ . وقدَّمه فى « النَّظْمِ » . قال الحارِثِيُّ : قال أصحابُنا : يُكْرَهُ تَنْزِيهًا . وتقدَّم قَوْلٌ – جزَم به فى « التبصِرَةِ » ، و « الكافِى » ، و « الوَجيزِ » – بتَحْرِيمِه . قال ابنُ عَقِيلٍ : لا تجوزُ إعارَتُها مِنَ العُزَّابِ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وقال النَّاظِمُ :

وأنْ يَسْتَعِيرَ المُشْتهاةَ اجْنَبِىٌّ انْ تُخَفْ خَلْوَةٌ ، والحَظْرُ لمَّا أُبَعِّدِ

وقال فى « المُغْنِى »[3] : لا تجوزُ إعارَتُها إنْ كانتْ جميلَةً ، إنْ كان يَخْلُو بها أو يَنْظُرُ إليها . وقال فى « التَّلْخيصِ » : إنْ كانتْ بَرْزَةً ، جازَ إعارَتُها مُطْلَقًا . قال فى « البُلْغَةِ » : تُكْرَهُ إعارَةُ الجارِيَةِ مِن غيرِ مَحْرَمٍ أوِ امْرأةٍ ، إلَّا أنْ تكونَ بَرْزَةً .

(١) فى م : « لسقيه » .
(٢ – ٢) سقط من : م .
(٣) انظر : المغنى ٧/٣٤٦ .

المقنع

وَلِلْمُعِيرِ الرُّجُوعُ مَتَى شَاءَ ، مَالَمْ يَأْذَنْ فِي شَغْلِهِ بِشَيْءٍ يَسْتَضِرُّ الْمُسْتَعِيرُ بِرُجُوعِهِ .

الشرح الكبير

٢٢٥٨ – مسألة : (وللمُعِيرِ الرُّجُوعُ) فيها (متى شاءَ ، ما لم يَأْذَنْ في شَغْلِها بشيءٍ يَسْتَضِرُّ المُسْتَعِيرُ برُجُوعِه) تَجُوزُ العارِيَّةُ مُطْلَقَةً ومُؤَقَّتَةً ؛ لأنَّها إباحَةٌ ، فأَشْبَهَتْ إباحَةَ الطَّعامِ . وللمُعِيرِ الرُّجُوعُ فيها متى شاءَ ، سَواءٌ كانت مُطْلَقَةً أو مُؤَقَّتَةً . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ . وقال مالكٌ : إن كانت مُؤَقَّتَةً ، فليس له الرُّجُوعُ قبلَ الوَقْتِ ، وإن لم تُؤَقَّتْ له مُدَّةٌ ، لَزِمَه تَرْكُه مُدَّةً يُنْتَفَعُ بها في مِثْلِها ؛ لأنَّ المُعِيرَ قد مَلَّكَه المَنْفَعَةَ مُدَّةً ، وصارتِ العَيْنُ في يَدِه بعَقْدٍ مُباحٍ ، فلم يَمْلِكِ الرُّجُوعَ فيها بغيرِ رِضَا المالكِ ، كالعَبْدِ المُوصَى بخِدْمَتِه والمُسْتَأْجَرِ . ولَنا ، أنَّ المَنافِعَ

الإنصاف

قوله : وللمُعِيرِ الرُّجُوعُ متى شاءَ ، ما لم يَأْذَنْ – أي المُعِيرُ – في شَغْلِه – بشيءٍ يَسْتَضِرُّ المُسْتَعِيرُ برُجُوعِه . وهذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه الأصحابُ في الجُمْلَةِ . قال الحارِثِيُّ : عليه أكثرُ الأصحابِ . وعنه ، إنْ عيَّن مُدَّةً ، تعَيَّنَتْ . قال الحارِثِيُّ : وهو الأَقْوَى . وعنه ، لا يَمْلِكُ الرُّجوعَ قبلَ انْتِفاعِه بها ، مع الإطْلاقِ . قال القاضي : قِياسُ المذهبِ يَقْتَضِيه . ذكَرَه في « التَّعْليقِ الكَبيرِ » . قال القاضي : القَبْضُ شَرْطٌ في لُزُومِها . وقال أيضًا : يَحْصُلُ بها المِلْكُ مع عدَمِ قَبْضِها . وقال ابنُ عَقِيلٍ في « مُفْرَداتِه » ، في ضَمانِ المَبِيعِ المُتَعَيِّنِ بالعَقْدِ : المِلْكُ أبْطَأُ حُصُولًا وأكثرُ شُروطًا مِنَ الضَّمانِ ، بإباحَةِ الطَّعامِ بتَقْديمِه إلى مالِكِه ، وضَمانِ المَنْفَعَةِ بعارِيَّةِ العَيْنِ ، ولا مِلْكَ ، فإذا حصَلَ بالتَّعْيينِ هذا الإبْطاءُ ، فأَوْلَى حُصُولُ الإسْراعِ ، وهو الضَّمانُ . قال الحارِثِيُّ : وقال القاضي ، وابنُ عَقِيلٍ ،

الشرح الكبير

المُسْتَقْبَلَةَ لم تَحْصُلْ فى يَدِه ، فلم يَمْلِكْها بالإعارَةِ ، كما لو لم تَحْصُلِ العَيْنُ فى يَدِه ، ولأنَّ المَنافِعَ إنَّما تُسْتَوْفَى شيئًا فشيئًا ، فكُلَّما اسْتَوْفَى مَنْفَعَةً فقد قَبَضَها ، والذى لم يَسْتَوْفِه لم يَقْبِضْه ، فجازَ الرُّجُوعُ فيه ، كالهِبَةِ قبلَ القَبْضِ . وأمَّا العَبْدُ المُوصَى بخِدْمَتِه ، فللمُوصِى الرُّجُوعُ ، ولم يَمْلِكِ الوَرَثَةُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّ التَّبَرُّعَ مِن غيرِهم ، وأما المُسْتَأْجَرُ ، فهو مَمْلُوكٌ بعَقْدِ مُعاوَضَةٍ ، فيَلْزَمُ ، بخِلافِ مسألَتِنا . ويَجُوزُ للمُسْتَعِيرِ الرَّدُّ متى شاء . بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّه إباحَةٌ ، فكان لمَن أُبِيحَ له تَرْكُه ، كإباحَةِ الطَّعامِ .

الإنصاف

والمُصَنِّفُ : له الرُّجوعُ قبلَ الانْتِفاعِ ، حتى بعدَ وَضْعِ الخَشَبِ ، وقبلَ البِناءِ عليه . قال : وهو مُشْكِلٌ على المذهبِ جدًّا ؛ فإنَّ المالِكَ لا يَمْلِكُ الامْتِناعَ مِنَ الإعارَةِ ابْتِداءً ، فكيفَ يَمْلِكُه بعدُ ؟ اللَّهُمَّ إلَّا أنْ يُحْمَلَ على حالَةِ ضَرَرِ المالِكِ أو حاجَتِه إليه . انتهى . قلتُ : يُتَصَوَّرُ ذلك فى غيرِ ما قالَ ، وهو حيثُ لم تَلْزَمِ الإعارَةُ لتخَلُّفِ شَرْطٍ أو وُجودِ مانِعٍ ، على ما تقدَّم .

فائدة : قال أبو الخَطَّابِ : لا يُمْلَكُ مَكِيلٌ ومَوْزُونٌ بلَفْظِ العارِيَّةِ ، وإنْ سُلِّم ، [٢/١٨٣و] ويكونُ قَرْضًا ، فإنَّه يُمْلَكُ به وبالقَبْضِ . وقال فى « الانْتِصارِ » : لَفْظُ « العارِيَّةِ » فى الأثْمانِ قَرْضٌ . وقال فى « المُغْنِى »[1] : وإنِ اسْتَعارَها للنَّفَقَةِ ، فَقَرْضٌ . وقيل : لا يجوزُ . ونقَل صالِحٌ : مِنْحَةُ لَبَنٍ هو العارِيَّةُ . ومِنْحَةُ وَرِقٍ ، هو القَرْضُ . وذكَر الأَزَجِىُّ خِلافًا فى صِحَّةِ إعارَةِ دَراهِمَ ودَنانِيرَ للتَّجَمُّلِ والزِّينَةِ . وقال فى « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، وغيرِهما : وتصِحُّ إعارَةُ النَّقْدَيْن للوَزْنِ

---

(١) انظر : المغنى ٣٤٦/٧ .

المقنع

مِثْلَ أَنْ يُعِيرَهُ سَفِينَةً لِحَمْلِ مَتَاعِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ مَادَامَتْ فِى لُجَّةِ الْبَحْرِ . وَإِنْ أَعَارَهُ أَرْضًا لِلدَّفْنِ ، لَمْ يَرْجِعْ حَتَّى يَبْلَى الْمَيْتُ .

الشرح الكبير

٢٢٥٩ – مسألة : فإن أَذِنَ له فى شَغْلِه بشىءٍ يَسْتَضِرُّ المُسْتَعِيرُ برُجُوعِه فيه ، لم يَجُزْ له الرُّجُوعُ ؛ لما فيه مِن الإِضْرارِ بالمُسْتَعِيرِ (مثل أن يُعِيرَهُ سَفِينَةً لحَمْلِ مَتاعِه) أو لَوْحًا يَرْقَعُ به سَفِينةً ، فرَقَعَها به ولَجَّجَ فى البَحْرِ (لم يَجُزِ الرُّجُوعُ ما دامَتْ فى لُجَّةِ البَحْرِ) لذلك ، وله الرُّجُوعُ [٢٥٩/٤ظ] قبلَ دُخُولِها فى البَحْرِ ، وبعدَ الخُرُوجِ منه ؛ لعَدَمِ الضَّرَرِ .

٢٢٦٠ – مسألة : (وإن أعارَه أرْضًا للدَّفْنِ ، لم يَرْجِعْ حتى يَبْلَى المَيْتُ) وله الرُّجُوعُ فيها قبلَ الدَّفْنِ ، وليس له الرُّجُوعُ بعدَ الدَّفْنِ حتى يَصِيرَ المَيْتُ رَمِيمًا . قالَه ابنُ البَنَّا .

الإنصاف

والتَّزْيِينِ . زادَ فى « الرِّعايةِ » ، لتَزَيُّنِ امْرأةٍ ، أو مَكانٍ . وقال فى « القاعِدَةِ الثَّامِنَةِ والثَّلاثِين » : لو أعارَه شيئًا وشَرطَ عليه العِوَضَ ، فهل يصِحُّ ، أمْ لا ؟ على وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، يصِحُّ ، ويكونُ كِنايَةً عن القَرْضِ ، فيُمْلَكُ بالقَبْضِ إذا كانَ مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، ذكَرَه فى « الانْتِصارِ » ، والقاضى فى « خِلافِه » ، وقال أبو الخَطَّابِ فى « رُءوسِ المَسائلِ » ، فى مَوْضِعٍ : يصِحُّ عندَنا شَرْطُ العِوَضِ فى العارِيَّةِ . انتهى . والوَجْهُ الثَّانى ، تَفْسُدُ بذلك . وجعَلَه أبو الخَطَّابِ ، فى مَوْضِعٍ آخَرَ ، المذهبَ ؛ لأنَّ العِوَضَ يُخْرِجُها عن مَوْضُوعِها .

قوله : وإنْ أعارَهُ أَرْضًا للدَّفْنِ ، لم يَرْجِعْ حتى يَبْلَى المَيْتُ . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه .

المقنع

وَإِنْ أَعَارَهُ حَائِطًا لِيَضَعَ عَلَيْهِ أَطْرَافَ خَشَبِهِ ، لَمْ يَرْجِعْ مَادَامَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ سَقَطَ عَنْهُ لِهَدْمٍ أَوْ غَيْرِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ رَدَّهُ .

الشرح الكبير

٢٢٦١ – مسألة : (وإن أعارَه حائطًا ليَضَعَ عليه أطْرافَ خَشَبِه ، لم يَرْجِعْ ما دامَ عليه) إذا أعارَه حائِطًا ليَضَعَ عليه أطْرافَ خَشَبِه ، جازَ ، كما تَجُوزُ إعارَةُ الأرْضِ للغِراسِ والبِنَاءِ ، وله الرُّجُوعُ قبلَ الوَضْعِ ، وبعدَه ، ما لم يَبْنِ عليه ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ عليه فيه ، فإن بَنَى عليه لم يَجُزِ الرُّجُوعُ ؛ لِما فى ذلك مِن هَدْمِ البِنَاءِ . وإن قال : أنا أدْفَعُ إليك ما يَنْقُصُ بالقَلْعِ . لم يَلْزَمِ المُسْتَعِيرَ ذلك ؛ لأنَّه إذا قَلَعَه انْقَلَعَ ما فى مِلْكِ المُسْتَعِيرِ منه . ولا يَجبُ على المُسْتَعِيرِ قَلْعُ شيءٍ مِن مِلْكِه بضَمانِ القِيمةِ .

٢٢٦٢ – مسألة : (وإن سَقَط عنه لهَدْمٍ أو غيرِه ، لم يَمْلِكْ رَدَّه) سَواءٌ بَنَى الحائِطَ بآلَتِه أو بغيرِها ؛ لأنَّ العارِيّةَ لا تَلْزَمُ ، وإنَّما امْتَنَعَ الرُّجُوعُ قبلَ انْهِدامِه ؛ لِما فيه مِن الضَّرَرِ بالمُسْتَعِيرِ بإزَالَةِ المَأْذُونِ فى وَضْعِه ، وقد زالَ ذلك بانْهِدامِه ، وسَواءٌ زالَ الخَشَبُ عنه بذلك ، أو أزالَه المُسْتَعِيرُ باخْتِيارِه ، وكذلك لو زالَ الخَشَبُ والحائِطُ بحالِه .

الإنصاف

وقيل : حتى يَبْلَى ويَصِيرَ رَمِيمًا . وقال ابنُ الجَوْزِىِّ : يُخْرِجُ عِظامَه ، ويأْخُذُ أَرْضَه .

قوله : وإنْ أعارَهُ حائِطًا ليَضَعَ عليه أطْرافَ خَشَبِه ، لم يَرْجِعْ مادامَ عليه . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وفيه احْتِمالٌ بالرُّجوعِ ، ويضْمَنُ نَقْصَه .

قوله : فإنْ سقَط عنه لهَدْمٍ أو غيرِه ، لم يَمْلِكْ رَدَّه . هذا المذهبُ ، سواءٌ أُعِيدَ الحائِطُ بآلَتِه الأُولَى ، أو بغيرِها . جزَم به فى « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ

المقنع

وَإِنْ أَعَارَهُ أَرْضًا لِلزَّرْعِ ، لَمْ يَرْجِعْ إِلَى الْحَصَادِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا يُحْصَدُ قَصِيلًا فَيَحْصُدُهُ . وَإِنْ أَعَارَهَا لِلْغَرْسِ وَالْبِنَاءِ ، وَشَرَطَ

الشرح الكبير

٢٢٦٣ – مسألة : (وإن أعارَه أرْضًا للزَّرْعِ ، لم يَرْجِعْ إلى الحَصادِ ، إلَّا أن يكونَ مِمّا يُحْصَدُ قَصِيلًا فيَحْصُدَه) إذا أعارَه أرْضًا للزَّرْعِ ، فله الرُّجُوعُ فيها ما لم يَزْرَعْ ، فإذا زَرَع ، لم يَمْلِكِ الرُّجُوعَ فيها إلى أن يَنْتَهِيَ الزَّرْعُ . فإن بَذَل المُعِيرُ له قِيمةَ الزَّرْعِ لِيَمْلِكَه ، لم يكنْ له ذلك . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّ له وَقْتًا يَنْتَهِي إليه . فإن كان مِمّا يُحْصَدُ قَصِيلًا ، فله الرُّجُوعُ فى وَقْتِ إمْكانِ حَصادِه ؛ لعَدَمِ الضَّرَرِ فيه .

٢٢٦٤ – مسألة : (وإن أعارَها للغَرْسِ وَالبِناءِ ، وشَرَطَ عليه القَلْعَ

الإنصاف

مُنَجَّى »، و « الفُروعِ »، و « الهِدايَةِ »، و « المُذْهَبِ »، و « المُسْتَوْعِبِ »، و « الخُلاصَةِ »، و « الرِّعايَتَيْن »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »، و « النَّظْمِ »، و « الفائقِ »، و « المُحَرَّرِ »، وغيرِهم . قال الحارِثِىُّ : قالَه المُصَنِّفُ، والقاضى ، وابنُ عَقِيلٍ فى آخَرِين مِنَ الأصحابِ . قال : وقال القاضى ، والمُصَنِّفُ ، فى بابِ الصُّلْحِ : له إعادَتُه إلى الحائطِ . قال : وهو الصَّحيحُ اللَّائِقُ بالمذهبِ ؛ لأنَّ البَيْتَ مُسْتَمِرٌّ ، فكانَ الاسْتِحْقاقُ مُسْتَمِرًّا .

قوله : وإنْ أعارَه أرْضًا للزَّرْعِ ، لم يَرْجِعْ إلى الحَصادِ ، إلَّا أنْ يكونَ مِمَّا يُحْصَدُ قَصِيلًا ، فيَحْصُدَه . وقْتَ أخْذِه عُرْفًا . بلا نِزاعٍ ، ويأْتِى حُكْمُ الأُجْرَةِ مِن حينِ رُجوعِه .

قوله : وإنْ أعارَها للغَرْسِ والبِناءِ ، وشَرَطَ عليه القَلْعَ فى وَقْتٍ ، أو عندَ رُجُوعِه ، ثم رَجَعَ ، لَزِمَه القَلْعُ . بلا نِزاعٍ ، مجَّانًا .

المقنع

عَلَيْهِ الْقَلْعَ فِي وَقْتٍ [١٣٦و] أَوْ عِنْدَ رُجُوعِهِ ، ثُمَّ رَجَعَ ، لَزِمَهُ الْقَلْعُ ، وَلَا يَلْزَمُهُ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ إِلَّا بِشَرْطٍ .

الشرح الكبير

فى وَقْتٍ أو عندَ رُجُوعِه ، ثم رَجَع ، لَزِمَه القَلْعُ) لقولِ النبىِّ ﷺ « المُؤْمِنُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ »[1] . حَديثٌ صَحِيحٌ . ولأنَّ العارِيَّةَ مُقَيَّدَةٌ غيرُ مُطْلَقَةٍ ، فلم تَتَناوَلْ ما عدا المُقَيَّدَ ؛ لأنَّ المُسْتَعِيرَ دَخَل فى العارِيَّةِ راضِيًا بالْتزامِ الضَّرَرِ الدّاخِلِ عليه بالقَلْعِ ، وليس على صاحِبِ الأرْضِ ضَمانُ نَقْصِه . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا . فأما تَسْوِيَةُ الحُفَرِ ، فإن كانت مَشْرُوطَةً عليه ، لَزِمَه ؛ لِما ذَكَرْنا ، وإلَّا لم يَلْزَمْه ؛ لأنَّه رَضِىَ بضَرَرِ القَلْعِ مِن الحَفْرِ ونَحْوِه ، بشَرْطِ القَلْعِ .

الإنصاف

وقوله : ولا يَلْزَمُه تَسْوِيَةُ الأَرْضِ إلَّا بشَرْطٍ . هذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، والحارِثِىُّ فى « شَرْحِه » ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : يَلْزَمُه . وجزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » . وأطْلَقهما فى « الرِّعايَةِ » . وإنْ شرَطَ على المُسْتَعيرِ القَلْعَ ، وشرَطَ عليه تَسْوِيَةَ الأَرْضِ ، لَزِمَه مع القَلْعِ تَسْوِيَتُها . قطَع به الأصحابُ . وإنْ شرَطَ عليه القَلْعَ ، ولم يشْرُطْ عليه تَسْوِيَةَ الأَرْضِ ، لم يَلْزَمْه تَسْوِيَتُها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قطَع به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « القواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . قال فى

---

(١) تقدم تخريجه فى ١٠/١٤٩ .

المقنع وإنْ لَمْ يَشْرُطْ عَلَيْهِ الْقَلْعَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ ، إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ لَهُ الْمُعِيرُ النَّقْصَ . فَإِنْ قلَعَ ، فَعَلَيْهِ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ ، ....

الشرح الكبير **٢٢٦٥** – مسألة : (وإن لم يَشْتَرِطِ القَلْعَ ، لم يَلْزَمْه ، إلَّا أن يَضْمَنَ له المُعِيرُ النَّقْصَ) إذا لم يَشْتَرِطِ المُعِيرُ القَلْعَ ، لم يَلْزَمِ المُسْتَعِيرَ القَلْعُ ؛ لِما فيه مِن الضَّرَرِ عليه ، فإن ضَمِن له النَّقْصَ ، لَزِمَه ؛ لأنَّه رُجُوعٌ فى العارِيَّةِ مِن غيرِ إضْرارٍ (فإن قَلَع ، فعليه تَسْوِيَةُ الأرْضِ) وكذلك إنِ اخْتارَ أَخْذَ بنائِه وغِراسِه ، فإنَّه يَمْلِكُه ، فمَلَكَ نَقْلَه ؛ لأنَّ القَلْعَ باخْتِيارِه ، لو امْتَنَعَ منه لم يُجْبَرْ عليه ، (1)ولأنَّه(1) قَلَعَه لِاسْتِخْلاصِ مِلْكِه مِن مِلْكِ غيرِه ، فلَزِمَتْه التَّسْوِيةُ ، كالشَّفِيعِ إذا أخذَ غَرْسَه . وقال القاضِى[2] : لا يَلْزَمُه ذلك ؛ لأنَّ المُعِيرَ رَضِىَ بذلك حيثُ أعارَه مع عِلْمِه بأنَّ له قَلْعَ غَرْسِه الذى لا يُمْكِنُ إلَّا بالحَفْرِ .

الإنصاف « الفُروعِ » : ولا يلْزَمُ المُسْتَعِيرَ تَسْوِيَةُ الحَفْرِ . قال جماعةٌ : وقيل : يَلْزَمُه والحالَةُ هذه . قال فى « القواعِدِ » : إنْ شرَطَ المُعِيرُ عليه قَلْعَه ، لَزِمَه ذلك ، وتَسْوِيَةَ الأَرْضِ . وأطْلَقهما فى « الرِّعايةِ الكُبْرَى » .

قوله : وإنْ لم يَشْرُطْ عليه القَلْعَ ، لم يَلْزَمْه ، إلَّا أنْ يَضْمَنَ المُعِيرُ النَّقْصَ . وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وعندَ الحَلْوانِىِّ ، لا يضْمَنُ النَّقْصَ .

قوله : فإنْ فعَل فعليه تَسْوِيَةُ الأَرْضِ . يعْنِى ، إذا قلَعَه المُسْتَعِيرُ ، والحالَةُ ما

(١ – ١) سقط من : تش ، ر ١ ، م ، وفى الأصل : « لأنه » .
(٢) بعده فى تش : « وابن عقيل » .

المقنع

وَإِنْ أَبَى الْقَلْعَ ، فَلِلْمُعِيرِ أَخْذُهُ بِقِيمَتِهِ ، ....

الشرح الكبير

٢٢٦٦ - مسألة : (فإن أبى القَلْعَ) فى الحالِ التى لا يُجْبَرُ عليه فيها ، فبَذَل له المُعِيرُ قِيمَةَ الغِرَاسِ والبِنَاءِ ليَمْلِكَه ، أُجْبِرَ المُسْتَعِيرُ عليه ، كالشَّفِيعِ مع المُشْتَرِى ، والمُؤْجِرِ مع المُسْتَأْجِرِ . فإن قال المُسْتَعِيرُ : أنا أدْفَعُ قِيمَةَ الأرضِ لتَصِيرَ لى . لم يَلْزَمِ المُعِيرَ ؛ لأنَّ الغِراسَ والبِناءَ تابعٌ ، والأرْضَ أَصْلٌ ، ولذلك يَتْبَعُها الغِرَاسُ والبِنَاءُ [٢٦٠/٤و] فى البَيْعِ ، ولا تَتْبَعُهُما . وبهذا كلِّه قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ : يُطالِبُ المُسْتَعِيرَ بالقَلْعِ مِن غيرِ ضَمانٍ ، إلَّا أن يكونَ أعارَه مُدَّةً مَعْلُومةً فرَجَعَ قبلَ انقِضائِها ؛ لأنَّ المُعِيرَ لم يَغُرَّه ، فكان عليه القَلْعُ ، كما لو شَرَطه عليه . ولَنا ، أنَّه بَنَى وغَرَسَ بإذْنِ المُعِيرِ مِن غيرِ شَرْطِ القَلْعِ ، فلم يَلْزَمْه القَلْعُ مِن غيرِ ضَمانٍ ، كما لو طالَبَه قبلَ انْقِضاءِ الوَقْتِ . وقولُهم : لم يَغُرَّه . مَمْنُوعٌ ؛ فإنَّ الغِراسَ والبِناءَ يُرادُ للتَّبْقِيَةِ ، وتَقْدِيرُ المُدَّةِ يَنْصَرِفُ إلى ابْتِدائِه ، كأنَّه قال : لا تَغْرِسْ بعدَ هذه المُدَّةِ .

الإنصاف

تقَدَّم ، فعليه تسويَةُ الأَرْضِ . وهذا أحدُ الوُجُوهِ . واخْتارَه جماعَةٌ ؛ منهم المُصَنِّفُ فى « الكافِى » ، وجزَم به فيه . وهو ظاهِرُ ما قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » . وهذا المذهبُ على ما اصْطَلَحْناه فى الخُطْبَةِ . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يَلْزَمُه تَسْوِيَةُ الأَرْضِ . اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وقطَع به فى « المُسْتَوْعِبِ » . وأطْلَقهما فى « القاعِدَةِ الثَّامِنَةِ والسَّبْعِين » . وعندَ المُصَنِّفِ ، لا يَلْزَمُه تَسْوِيَةُ الأَرْضِ إلَّا مع الإطْلاقِ .

قوله : فإنْ أَبَى القَلْعَ ، فللمُعِيرِ أَخْذُه بقِيمَتِه . يعْنِى ، إذا أَبَى المُسْتَعِيرُ القَلْعَ

المقنع فَإِنْ أَبَى ذَلِكَ بِيعَا لَهُمَا ، فَإِنْ أَبَيَا الْبَيْعَ تُرِكَ بِحَالِهِ ،..........

الشرح الكبير **٢٢٦٧** – مسألة : فإنِ امْتَنَعَ المُعِيرُ مِن دَفْعِ القِيمَةِ وأَرْشِ النَّقْصِ ، وامْتَنَعَ المُسْتَعِيرُ مِن القَلْعِ ودَفْعِ الأجْرِ ، لم يُقْلَعْ ؛ لأنَّ العارِيَّةَ تَقْتَضِى الانْتِفاعَ بغيرِ ضَمانٍ ، والإِذْنَ فيما يَبْقَى على الدَّوامِ وتَضُرُّ إزالَتُه رِضًا بالإِبْقاءِ ، ولأنَّ قولَ النبىِّ ﷺ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ »[١] . مَفْهُومُه أنَّ العِرْقَ الذى ليس بظَالِمٍ له حَقٌّ .

٢٢٦٨ – [٢] مسألة : (فإن أَبَى ذلك بيعَا لهما[٢]) فعندَ[٣] ذلك ، إنِ اتَّفقَا على البَيْعِ بِيعَتِ الأَرْضُ بغِرَاسِها وبِنائِها ، ودُفِعَ إلى كلٍّ واحدٍ منهما قَدْرُ حَقِّه ، فيُقالُ : كم قيمَةُ الأَرْضِ بلا غِرَاسٍ ولا بِنَاءٍ ؟ فإذا قيل : عَشَرَةٌ . قُلْنا : وكم تُساوِى مَغْرُوسةً مَبْنِيَّةً ؟ فإن قالوا : خَمْسَةَ عَشَرَ . فيكونُ للمُعِيرِ ثُلُثَا الثَّمَنِ ، وللمُسْتَعِيرِ ثُلُثُه .

٢٢٦٩ – مسألة : (فإن أَبَيَا البَيْعَ ، تُرِكَ بحَالِه) وقُلْنا لهما : تَصرَّفَا[٤] ، فلا حُكْمَ لَكُما عندَنا .

الإنصاف فى الحالِ التى لا يُجْبَرُ فيها ، فللمُعِيرِ أَخْذُه بقِيمَتِه . نصَّ عليه فى رِوايَةِ مُهَنَّا ، وابنِ مَنْصُورٍ . وكذا نقَل عنه جَعْفَرُ بنُ محمدٍ ، لكِنْ قال فى رِوايَتِه : يتَملَّكُه بالنَّفَقَةِ . قال الحارِثِىُّ : ولابُدَّ مِن رِضَا المُسْتَعِيرِ ؛ لأَنَّه بَيْعٌ . وهو الصَّحيحُ . فإنْ أَبَى ذلك ،

---

(١) تقدم تخريجه فى ١٣/٢٩٩ .
(٢ – ٢) سقط من : تش ، ر ، ر ١ ، م .
(٣) فى الأصل : « قصد » ، وفى م : « فبعد » .
(٤) فى م : « انصرفا » .

المقنع

وَلِلْمُعِيرِ التَّصَرُّفُ فِي أَرْضِهِ عَلَى وَجْهٍ لَا يَضُرُّ بِالشَّجَرِ ، وَلِلْمُسْتَعِيرِ الدُّخُولُ لِلسَّقْىِ وَالْإِصْلَاحِ وَأَخْذِ الثَّمَرَةِ .

الشرح الكبير

٢٢٧٠ – مسألة : (وللمُعِيرِ التَّصَرُّفُ فى أَرْضِه على وَجْهٍ لا يَضُرُّ بالشَّجَرِ) وجُمْلَتُه ، أنَّ للمُعِيرِ التَّصَرُّفَ فى أَرْضِه ، ودُخُولَها ، والانْتِفاعَ بها كيفَ شاء ، بما لا يَضُرُّ بالغِرَاسِ والبِنَاءِ ، ولا يَنْتَفِعُ بهما (وللمُسْتَعِيرِ الدُّخُولُ للسَّقْىِ والإِصْلاحِ وأَخْذِ الثَّمَرَةِ) وليس له الدُّخُولُ لغيرِ حاجَةٍ ، مِن التَّفَرُّجِ ونَحْوِه ؛ لأنَّه قد رَجَعَ فى الإِذْنِ له ، ولأنَّ الإِذْنَ فى الغَرْسِ إذْنٌ فيما يَعُودُ بصَلاحِه . ولكلِّ واحدٍ منهما بَيْعُ ما يَخْتَصُّ به مع المِلْكِ ومُنْفَرِدًا ، فيَقُومُ المُشْتَرِى مَقامَ البائِعِ . وقال بعضُ الشافِعِيَّةِ : ليس للمُسْتَعِيرِ البَيْعُ ؛ لأنَّ مِلْكَه فى الشَّجَرِ والبناءِ غيرُ مُسْتَقِرٍّ ؛ لأنَّ للمُعِيرِ أخْذَه منه متى شاءَ بقِيمَتِه . قُلْنا : عَدَمُ اسْتِقْرارِه لا يَمْنَعُ بَيْعَه ، بدَلِيلِ الشِّقْصِ المَشْفُوعِ ، والصَّداقِ قبلَ الدُّخُولِ .

الإنصاف

يعْنِى المُعِيرَ ؛ مِن دَفْعِ القِيمَةِ ، وأَرْشِ النَّقْصِ ، وامْتَنَعَ المُسْتَعِيرُ مِنَ القَلْعِ ، ودَفْعِ الأَجْرِ ، بِيعا لهما ، فإنْ أبَيا البَيْعَ ، تُرِكَ بحالِه . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرَى » : فإنْ أبَياه ، بَقِىَ فيها مجَّانًا فى الأصحِّ ، حتى يتَّفِقا . وقلتُ : بل يَبِيعُهما الحاكِمُ . انتهى . فلو أَبَى أحدُهما ، فهل يُجْبَرُ على البَيْعِ مع صاحبِه ؟ فيه وَجْهانِ . وأطْلَقهما فى « المُحَرَّرِ » ، و« الفروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « النَّظْمِ » ؛ أحدُهما ، يُجْبَرُ . قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : أُجْبِرَ فى أصحِّ الوَجْهَيْن . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يُجْبَرُ . صحَّحه النَّاظِمُ ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » ، و « تَصْحيحِ المُحَرَّرِ » .

المقنع

وَلَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا عَلَيْهِ أُجْرَةً مِنْ حِينِ الرُّجُوعِ ، وَذَكَرُوا عَلَيْهِ أُجْرَةً فِي الزَّرْعِ ، وَهَذَا مِثْلُهُ ، فَيُخَرَّجُ فِيهِمَا وَفِي سَائِرِ الْمَسَائِلِ وَجْهَانِ .

الشرح الكبير

٢٢٧١ – مسألة : (ولم يَذْكُرْ أصحابُنا عليه أُجْرَةً مِن حينِ الرُّجُوعِ ، [١]وذَكَرُوا عليه أُجْرَةً فى الزَّرْعِ ، وهذا مثلُه ، فيُخَرَّجُ فيهما وفى سائِرِ المَسائِلِ وَجْهان) وجُمْلَتُه ، أنَّ أصحابَنا لم يَذْكُروا عليه[١] فى شىءٍ مِن هذه المَسائِلِ ، إلَّا فيما إذا اسْتَعارَ أرضًا فزرَعَها ، ورَجَع المُعِيرُ فيها قبلَ كَمالِ الزَّرْعِ ، فعليه أجْرُ مِثْلِها مِن حينِ الرُّجُوعِ ؛ لأنَّ الأصْلَ جَوازُ الرُّجُوعِ ، وإنَّما مُنِعَ مِن القَلْعِ ؛ لِما فيه مِن الضَّرَرِ ، ففى دَفْعِ الأجْرِ جَمْعٌ بينَ الحَقَّيْنِ ، فيُخَرَّجُ فى سائِرِ المَسائِلِ مثلُ هذا . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه لا يَجِبُ الأجْرُ فى شىءٍ مِن المَواضِعِ ؛ لأنَّ حُكْمَ العارِيَّةِ باقٍ فيه ، لكَوْنِها صارت لازِمةً ؛ للضَّرَرِ اللَّاحِقِ بفَسْخِها ، والإعارَةَ تَقْتَضِى الانْتِفاعَ [٢]بغيرِ عِوَضٍ[٢] .

الإنصاف

فائدة : يجوزُ لكُلٍّ واحدٍ منهما بَيْعُ مالِه مُنْفَرِدًا لمَن شاءَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ ، وقيل : لا يَبِيعُ المُعِيرُ لغيرِ المُسْتَعِيرِ .

قوله : ولم يَذْكُرْ أصحابُنا عليه أُجْرَةً مِن حينِ الرُّجُوعِ – يعْنِى ، فيما تقدَّم مِنَ الغَرْسِ والبِناءِ – وذكَرُوا عليه أُجْرَةً فى الزَّرْعِ ، وهذا مثلُه ؛ فيُخَرَّجُ فيهما ،

(١ – ١) سقط من : ر ١ ، م .

(٢ – ٢) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ غَرَسَ أَوْ بَنَى بَعْدَ الرُّجُوعِ أَوْ بَعْدَ الْوَقْتِ ، فَهُوَ غَاصِبٌ ، يَأْتِى حُكْمُهُ .

الشرح الكبير

٢٢٧٢ – مسألة : (وإن غَرَسَ أو بَنَى بعدَ الرُّجُوعِ أو بعدَ الوَقْتِ ، فهو غاصِبٌ ، يَأْتِى حُكْمُه) العارِيَّةُ تَنْقَسِمُ قِسْمَيْن ؛ مُطْلَقَةً ومُؤَقَّتَةً ، (١فالمُطْلَقَةُ تَقْتَضِى إباحَةَ الانْتِفاعِ ما لم يَرْجِعْ ، والمُؤَقَّتَةُ١) تُبِيحُ الانْتِفاعَ ما لم يَنْقَضِ الوَقْتُ ؛ لأنَّه اسْتَباحَ ذلك [٢٦٠/٤ظ] بالإِذْنِ ، ففيما عَدَا مَحَلَّ الإِذْنِ يَبْقَى على أصْلِ المَنْعِ ، فإن كان المُعارُ أرْضًا ، لم يَكُنْ له أن يَغْرِسَ ولا يَبْنِىَ ولا يَزْرَعَ بعدَ الوَقْتِ أو الرُّجُوعِ ، فإن فَعَل شيئًا مِن ذلك ، فهو غاصِبٌ ، يَأْتِى حُكْمُه فى بابِ الغَصْبِ .

الإنصاف

وفى سائرِ المَسائلِ وَجْهان . ذكَر الأصحابُ أنَّ عليه الأُجْرَةَ فى الزَّرْعِ مِن حينِ الرُّجوعِ . وهو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ؛ [١٨٣/٢ظ] منهم القاضى ، وأصحابُه . واخْتارَ المَجْدُ فى « المُحَرَّرِ » ، أنَّه لا أُجْرَةَ له ، وخرَّجه المُصَنِّفُ هُنا وَجْهًا . قال فى « القواعِدِ » : ويَشْهَدُ له ظاهِرُ كلامِ أحمدَ فى رِوايَةِ صالحٍ . وصحَّحه النَّاظِمُ ، والحارِثِىُّ ، و« تَصْحيحِ المُحَرَّرِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وأمَّا الغِراسُ ، والبِناءُ ، والسَّفِينَةُ إذا رجَع وهى فى لُجَّةِ البَحْرِ ، والأَرْضُ إذا أعارَها للدَّفْنِ ، ورجَع قبلَ أنْ يَبْلَى المَيِّتُ ، والحائطُ إذا أعارَه لوَضْعِ أطْرافِ الخَشَبِ عليه ، ورَجَع ، ونحوُ ذلك ؛ فلم يذْكُرِ الأصحابُ أنَّ عليه أُجْرَةً مِن حينِ الرُّجوعِ . وخرَّج المُصَنِّفُ فى ذلك كلِّه مِنَ الأُجْرَةِ فى الزَّرْعِ وَجْهَيْن ؛ وَجْهٌ بعدَمِ الأُجْرَةِ .

(١ – ١) سقط من : م .

الشرح الكبير

فصل : يَجُوزُ أن يَسْتَعِيرَ دابَّةً لِيَرْكَبَها إلى مَوْضِعٍ مَعْلومٍ ؛ لأنَّ إجارَتَها جائِزَةٌ ، والإعارَةُ أوْسَعُ ؛ لجَوازِها فيما لا تَجُوزُ إجارَتُه ، كالكَلْبِ للصَّيْدِ . فإنِ اسْتَعارَها إلى مَوْضِعٍ فجاوَزَه ، فقد تَعَدَّى ، وعليه أجْرُ المِثْلِ للزَّائدِ خاصَّةً . وإنِ اخْتَلَفَا ، فقال المالِكُ : أعَرْتُكَها إلى فَرْسَخٍ . وقال المُسْتَعِيرُ : إلى فَرْسَخَيْنِ . فالقَوْلُ قولُ المالكِ . وبه قال الشافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وقال مالكٌ : إن كان يُشْبِهُ ما قال المُسْتَعِيرُ ، فالقولُ قولُه ، وعليه الضَّمانُ . ولَنا ، أنَّ المالِكَ مُدَّعًى عليه فكان القَوْلُ قولَه ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « وَلَكِنَّ اليَمِينَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ » [1]مُتَّفَقٌ على مَعْناه[1] .

الإنصاف

وهو ظاهرُ كلامِ الأصحابِ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، ومالَ الحارِثِيُّ إلى عدَمِ التخْريجِ ، وأبْدَى فرْقًا . ووَجْهٌ بوُجُوبِها ؛ قِياسًا على ماذكَرَه فى « الفُروعِ » . وأطْلَقَ هذَيْن الوَجْهَيْن فى « الفائقِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وخرَّجه بعضُهم فى الغِراسِ والبِناءِ ، لا غيرُ . وخرَّجه بعضُهم فى الجميعِ . أعْنِى وُجوبَ الأُجْرَةِ فى الجميعِ . وجزَم فى « المُحَرَّرِ » ، أنَّه لا أُجْرَةَ بعدَ رُجوعِه ، فى مسْأَلَةِ إعارَةِ الأرْضِ للدَّفْنِ ، والحائطِ لوَضْعِ الخَشَبِ ، والسَّفِينَةِ . وجزَم فى « التَّبْصِرَةِ » بوُجوبِ الأُجْرَةِ فى مَسْأَلَةِ السَّفِينَةِ . واختاره أبو محمدٍ يُوسُفُ الجَوْزِىُّ ، فيما سِوَى الأرْضِ للدَّفْنِ .

(١ - ١) سقط من : ر ١ ، م .
والحديث تقدم تخريجه فى ٤٧٨/١٢ .

المقنع

وَإِنْ حَمَلَ السَّيْلُ بَذْرًا إِلَى أَرْضٍ فَنَبَتَ فِيهَا فَهُوَ لِصَاحِبِهِ ، مُبَقًّى إِلَى الْحَصَادِ بِأُجْرَةِ مِثْلِهِ . وَقَالَ الْقَاضِى : لَا أُجْرَةَ لَهُ . وَيَحْتَمِلُ

الشرح الكبير

٢٢٧٣ – مسألة : (وإن حَمَل السَّيْلُ بَذْرًا إلى أرْضٍ فنَبَتَ فيها ، فهو لصاحِبه) ولا يُجْبَرُ على قَلْعِه . وقال أصحابُ الشافِعِىِّ : يُجْبَرُ عليه فى أحَدِ الوَجْهَيْن ، إذا طالَبَه رَبُّ الأرْضِ به ؛ لأنَّ مِلْكَه حَصَل فى مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فأشْبَهَ ما لو انْتَشَرَتْ أغْصانُ شَجَرَتِه فى هَواءِ مِلْكِ جارِه[1] . ولَنا ، أنَّ قَلْعَه إتْلافٌ للمالِ على مالِكِه ، ولم يُوجَدْ منه تَفْرِيطٌ ، ولا يَدُومُ ضَرَرُه ، فلا يُجْبَرُ على ذلك ، كما لو حَصَلَتْ دابَّتُه فى دارِ غيرِه على وَجْهٍ لا يُمْكِنُ خُرُوجُها إلَّا بقَلْعِ الباب أو قَتْلِها ، فإنَّه لا يُجْبَرُ على قَتْلِها . ويُفارِقُ أغْصانَ الشَّجَرَةِ ، فإنَّه يَدُومُ ضَرَرُه ، ولا يُعْرَفُ قَدْرُ ما يَشْغَلُ من الهَواءِ فيُؤَدِّى أجْرَه . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّه يُقَرُّ فى الأرْضِ إلى حينِ حَصادِه بأَجْرِ مثلِه (وقال القاضى : لا أجْرَ عليه) لأنه حَصَل فى أرْضِ غيرِه بغيرِ تَفْرِيطِه ، أشْبَهَ ما إذا باتَتْ دابَّتُه فى أرْضِ إنسانٍ بغيرِ تفْرِيطِه . والأوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّ إلْزامَه تَبْقِيَةَ زَرْعٍ ما أذِنَ فيه فى أرْضِه ، بغيرِ أجْرٍ ولا انْتِفاعٍ ،

الإنصاف

قوله : وإنْ حمَل السَّيْلُ بَذْرًا إلى أرْضٍ ، فنَبَت فيها ، فهو لصاحِبه مُبَقًّى إلى الحَصادِ بأُجْرَةِ مِثْلِه . وهو المذهبُ . قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفروعِ » : فلصاحِبِ الأرْضِ أُجْرَةُ مِثْلِه ، فى الأصحِّ . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » ، والحارِثِىُّ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . ونصَّ عليه . قال فى « القاعِدَةِ التَّاسِعَةِ والسَّبْعِين » : لو

---

(١) فى ر ١ ، م : « غيره » .

المقنع أَنَّ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَخْذَهُ بِقِيمَتِهِ .

الشرح الكبير إضْرارٌ به ، وشَغْلٌ لمِلْكِه بغيرِ اخْتِيارِه [1]بغيرِ عِوَضٍ[1] ، فلم يَجُزْ ، كما لو أرادَ إبْقاءَ البَهيمةِ فى دارِ غيرِه عامًا . ويُفارِقُ مَبِيتَها ؛ لأنَّ ذلك لا يُجْبَرُ المالِكُ عليه ، ولا يُمْنَعُ مِن إخراجِها ، فإذا تَرَكَها اخْتِيارًا منه ، كان راضِيًا به ، بخِلافِ مسألَتِنا . ويكونُ الزَّرْعُ لمالِكِ البَذْرِ ؛ لأنَّه عَيْنُ مالِه (ويَحْتَمِلُ أنَّ لصاحِبِ الأرْضِ أخْذَه بقِيمَتِه) كزَرْعِ الغاصِبِ ، على ما نذْكُرُه . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّه بغيرِ عُدْوانٍ ، وقد أمْكَنَ جَبْرُ حَقِّ مالِكِ الأرْضِ بدَفْعِ الأجْرِ إليه . وإن أحَبَّ مالِكُه قَلْعَه فله ذلك ، وعليه تَسْوِيَةُ الحَفْرِ ، وما نَقَصَتْ ؛ لأنَّه أدْخَلَ النَّقْصَ على مِلْكِ غيرِه لاسْتِصْلاحِ مِلْكِه .

الإنصاف حَمَل السَّيْلُ بَذْرَ إنْسانٍ إلى أرْضِ غيرِه ، فنَبَتَ فيها ، فهل يَلْحَقُ بزَرْعِ الغاصِبِ ، أو بزَرْعِ المُسْتَعِيرِ ، أوِ المُسْتَأْجِرِ مِن بعدِ انْقِضاءِ المُدَّةِ ؟ على وَجْهَيْن ؛ أشْهَرُهما ، أنَّه كزَرْعِ المُسْتَعِيرِ . وهو اخْتِيارُ القاضى ، وابنِه أبِى الحُسَيْنِ ، وابنِ عَقِيلٍ . وذكَرَه أبو الخَطَّابِ، عن أحمدَ . وقدَّمه فى «الهِدايَةِ»، و «المُذْهَبِ»، و «المُسْتَوْعِبِ»، و « الخُلاصَةِ »، و« المُغْنِى »، و« الشَّرْحِ »، و « الفائقِ »، و « التَّلْخيصِ » . فعلى هذا ، قال القاضى : لا أُجْرَةَ له . واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ أيضًا . ذكَرَه فى « القواعِدِ » . وقيل : له الأُجْرَةُ . وذكَرَه أبو الخَطَّابِ أيضًا ، عن أحمدَ ، وأطْلَقهما فى « القواعِدِ » .

قوله : ويَحْتَمِلُ أنَّ لصاحِبِ الأرْضِ أخْذَه بقِيمَتِه . قال فى « الهِدايَةِ » ، ومَن

(١ - ١) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ حَمَلَ غَرْسَ رَجُلٍ ، فَنَبَتَ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ ، فَهَلْ يَكُونُ كَغَرْسِ الشَّفِيعِ ، أَوْ كَغَرْسِ الْغَاصِبِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٢٧٤ – مسألة : (فإن حَمَل) السَّيْلُ (غَرْسَ رجلٍ) أو نَوًى (فنَبَتَ فى أرضِ غيرِه) كالزَّيْتُونِ ونَحْوِه ، فهو لمالِكِ النَّوَى والغَرْسِ[١] ؛ لأنَّه مِن نَماءِ مِلْكِه ، فهو كالزَّرْعِ . ويُجْبَرُ على قَلْعِه هـٰهُنا ؛ لأنَّ ضَرَرَه يدومُ ، فهو كأَغْصانِ الشَّجَرَةِ المُنْتَشِرَةِ فى هَواءِ مِلْكِ غيرِه و (هل يكونُ كغَرْسِ الشَّفِيعِ ، أو كغَرْسِ الغاصِبِ ؟ على وَجْهَيْنِ) أحدُهما ، يكونُ كغَرْسِ الغاصِبِ ؛ لأنَّه حَصَل فى مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه . والثانى ، كَغَرْسِ الشَّفِيعِ ؛ لأنَّه حَصَل فى مِلْكِ غيرِه بغيرِ تَفْرِيطٍ منه ولا عُدْوانٍ .

الإنصاف

تابعَه : وقيل : هو لصاحبِ الأرْضِ ، وعليه قِيمَةُ البَذْرِ . وزادَ فى « الرِّعايتَيْن » ، وقيل : بل بقِيمَتِه إذَنْ . زادَ فى « الكُبْرَى » ، ويَحْتَمِلُ أنَّه كزَرْعِ غاصِبٍ . وتقدَّم كلامُ صاحبِ « القواعِدِ » . وتقدَّم فى آخِرِ المُساقاةِ : إذا نبَتَ السَّاقِطُ مِنَ الحَصادِ فى عامٍ قابِلٍ ، أنَّه يكونُ لرَبِّ الأرْضِ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ .

قوله : وإنْ حمَل غَرْسَ رَجُلٍ ، فنَبَت فى أرْضِ غيرِه ، فهل يكونُ كغَرْسِ الشَّفِيعِ ، أو كغَرْسِ الغَاصِبِ ؟ على وَجْهَيْن . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ؛ أحدُهما ، يكونُ كغَرْسِ الشَّفيعِ ، على ما يأْتِى فى بابِه . وهو المذهبُ . قال الناظِمُ : هذا الأَقْوَى . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ،

---

(١) سقط من : تش ، ر ١ ، م .

الشرح الكبير

فصل : وإن حَمل السَّيْلُ أرْضًا بشَجَرِها ، فنبَتَتْ فى أَرْضٍ آخَرَ كما[1] كانت ، فهى لمالِكِها ، يُجْبَرُ على إزالَتِها ، كما ذكَرْنا . وفى كلِّ ذلك ، إذا تَرَكَ صاحِبُ الأرْضِ المُنْتَقِلَةِ أو الشَّجرِ أو الزَّرْعِ ذلك لصاحِبِ الأرْضِ التى انْتَقَلَ إليها ، لم يَلْزَمْه نَقْلُه ولا أَجْرُه ، ولا غيرُ ذلك ؛ لأنَّه حَصَل [٢٦١/٤و] بغيرِ تَفْرِيطِه ولا عُدْوانِه ، وكانتِ الخِيَرَةُ إلى صاحِبِ الأرْضِ المَشْغُولَةِ به ، إن شاءَ أخَذَه لنَفْسِه ، وإن شاء قَلَعَه .

الإنصاف

و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . والوَجْهُ الثَّانِى ، هو كغَرْسِ الغاصِبِ ، على ما يأْتِى فى بابِه . جزَم به فى « الوَجيزِ » . وقال فى « الرِّعايةِ الكُبْرَى » : قلتُ : بل كغَرْسِ مُشْتَرِى شِقْصٍ له شُفْعَةٌ ، وعلى كلِّ حالٍ يَلْزَمُ صاحِبَ الغَرْسِ تَسْوِيَةُ الحَفْرِ .

تنبيه : قوْلُه : فهل يكونُ كغَرْسِ الشَّفيعِ ؟ فيه تَساهُلٌ ، وإنَّما يُقالُ : فهل هو كغَرْسِ المُشْتَرِى الشِّقْصَ الذى يأْخُذُه الشَّفيعُ ؟ ولهذا قال الحارِثِىُّ : وهو سَهْوٌ وقَع فى الكِتابِ . انتهى . مع أنَّ المُصَنِّفَ تابَعَه جماعَةٌ ؛ منهم صاحِبُ « الفائقِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » .

فوائد ؛ الأُولَى ، وكذا حُكْمُ النَّوَى ، والجَوْزِ واللَّوْزِ ، إذا حمَلَه السَّيْلُ فنبَتَ . الثَّانيةُ ، لو ترَكَ صاحِبُ الزَّرْعِ أوِ الشَّجَرِ لصاحِبِ الأرْضِ الذى انْتقَلَ إليه مِن ذلك ، لم يَلْزَمْه نقْلُه ولا أُجْرَةٌ ، ولا غيرُ ذلك . الثَّالثةُ ، لو حمَلَ السَّيْلُ أرْضًا بشَجَرِها ، فنَبَتَتْ فى أرْضٍ أُخْرَى كما كانتْ ، فهى لمالِكِها ، يُجْبَرُ على إزالَتِها . ذكَرَه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » .

---

(١) بعده فى الأصل : « لو » .

المقنع

فَصْلٌ : وَحُكْمُ الْمُسْتَعِيرِ [١٣٦ظ] فِى اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ حُكْمُ الْمُسْتَأْجِرِ .

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَضِىَ اللهُ عنه : (وحُكْمُ المُسْتَعِيرِ فى اسْتِيفاءِ المَنْفَعَةِ حُكْمُ المُسْتَأْجِرِ) لأنه مَلَكَ التَّصرُّفَ بقَوْلِ المالِكِ وإذْنِه ، فأشْبَهَ المُسْتَأْجِرَ ؛ لأنَّه مَلَكَه بإذْنِه ، فوَجَبَ أن يَمْلِكَ ما يَقْتَضِيه الإِذْنُ ، كالمُسْتَأْجِرِ . فعلى هذا ، إن أعارَه للغِرَاسِ أو[1] البِنَاءِ ، فله أن يَزْرَعَ ما شاء . وإنِ اسْتَعارَها للزَّرْعِ ، لم يَغْرِسْ ، ولم يَبْنِ . وإنِ اسْتَعارَها للغَرْسِ أو البِنَاءِ مَلَك المَأْذُونَ له فيه منهما[2] دونَ الآخَرِ ؛ لأنَّ ضَرَرَهُما مُخْتَلِفٌ . وكذلك إنِ اسْتَعارَها لزَرْعِ الحِنْطَةِ . فله زَرْعُ الشَّعِيرِ ، وقد ذَكَرْنا ذلك مُفَصَّلًا فى الإِجارَةِ . وكذلك إن أَذِنَ له فى زَرْعِ مَرَّةٍ ، لم يَكُنْ له أن يَزْرَعَ أكْثَرَ منها . وإن أَذِنَ له فى غَرْسِ شَجَرَةٍ ، فانْقَلَعَتْ ، لم يَمْلِكْ غَرْسَ أُخرَى ؛ لأنَّ الإِذْنَ اخْتَصَّ بشىءٍ لم يُجاوِزْه .

فصل : ومَن اسْتَعارَ شيئًا ، فله اسْتِيفاءُ مَنْفَعَتِه بنَفْسِه وبوَكِيلِه ؛ لأنَّ وَكِيلَه نابَ عنه ، ويَدُه كيَدِه . وليس له أن يُؤْجِرَه إلَّا أن يَأْذَنَ فيه ؛ لأنه لم يَمْلِكِ المَنافِعَ ، فلم يَكُنْ له أن يَمْلِكَها . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا . ولا خِلافَ بينَهم أنَّ المُسْتَعِيرَ لا يَمْلِكُ العَيْنَ . وأجْمَعُوا على أنَّ للمُسْتَعِيرِ اسْتِعْمالَ المُعارِ فيما أَذِنَ له فيه .

الإنصاف

فائدة : قوْلُه : وحُكْمُ المُسْتَعِيرِ فى اسْتِيفاءِ المَنْفَعَةِ حُكْمُ المُسْتَأْجِرِ . يعْنِى ،

---

(١) فى م : « و » .

(٢) فى م : « منها » .

المقنع وَالْعَارِيَّةُ مَضْمُونَةٌ بِقِيمَتِهَا يَوْمَ التَّلَفِ ، وَإِنْ شُرِطَ نَفْىُ ضَمَانِهَا .

الشرح الكبير **فصل** : وليس له أن يَرْهَنَه بغيرِ إذْنِ مالِكِه ، وله ذلك بإذْنِه ، بشُرُوطٍ ذَكَرْناها فى بابِ الرَّهْنِ مُفَصَّلَةً ، وذَكَرْنا الاخْتِلافَ فى ذلك . ولا يَصِيرُ المُعِيرُ ضامِنًا للدَّيْنِ . وقال الشّافِعِىُّ : يَصِيرُ ضامِنًا فى رَقَبَةِ عَبْدِه . فى أحَدِ قَوْلَيْه ؛ لأنَّ العارِيَّةَ ما يُسْتَحَقُّ به مَنْفَعَةُ العَيْنِ ، والمَنْفَعَةُ هٰهُنا للمالِكِ ، فدَلَّ على أنَّه ضَمانٌ . ولَنا ، أنَّه أعَارَه ليَقْضِىَ منه حاجَتًا[1] ، فلم يكُنْ ضامِنًا ، كسائِرِ العَوارِى ، وإنَّما يَسْتَحِقُّ بالعارِيَّةِ النَّفْعَ المأْذُونَ فيه ، وما عداه مِن النَّفْعِ فهو لمالِكِ العَيْنِ . واللهُ أعْلَمُ .

٢٢٧٥ – مسألة : (والعارِيَّةُ مَضْمُونَةٌ بقِيمَتِها يومَ التَّلَفِ ، وإن شُرِطَ نَفْىُ ضَمانِها) سَواءٌ تَعَدَّى المُسْتَعِيرُ فيها أو لم يَتَعدَّ . رُوِىَ ذلك عن ابنِ عباسٍ ، وأبى هُرَيْرَةَ . وهو قولُ الشافعىِّ ، وإسحاقَ . وقال

الإنصاف أنَّه كالمُسْتَأْجِرِ فى اسْتِيفاءِ المَنْفَعَةِ بنَفْسِه ، وبمَن قامَ مَقامَه ، وفى اسْتِيفائِها بعَيْنِها ، وما دُونَها فى الضَّرَرِ مِن نَوْعِها ، إلَّا أنَّهما يخْتَلِفان فى شَيْئَيْن ؛ أحدُهما ، لا يَمْلِكُ الإعارَةَ ولا الإجارَةَ ، على ما يأْتِى . الثَّانى ، الإعارَةُ لا يُشْترَطُ لها تَعْيِينُ نَوْعِ الانْتِفاعِ ، فلو أعارَه مُطْلَقًا ، مَلَكَ الانْتِفاعَ بالمَعْرُوفِ فى كلِّ ما هو مُهَيَّأٌ له ، كالأرْضِ مَثَلًا . هذا الصَّحيحُ ، وفيه وَجْهٌ ، أنَّها كالإجارَةِ فى هذا . ذكَرَه فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه . ذكَر ذلك الحارِثِىُّ وغيرُه .

قوله : والعارِيَّةُ مَضْمُونَةٌ بقِيمَتِها يوْمَ التَّلَفِ ، وإنْ شُرِطَ نَفْىُ ضَمانِها . هذا المذهبُ ،

---

(١) فى م : « حاجته » .

الشرح الكبير

الحسنُ ، والنَّخَعِىُّ ، والشَّعْبِىُّ ، وعمرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، والأوْزاعِىُّ ، وابنُ شُبْرُمَةَ[1] : هى أمانَةٌ ، لا يَجِبُ ضَمانُها إلَّا بالتَّعَدِّى ؛ لِما روَى عَمْرُو بنُ شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَيسَ عَلَى المُسْتَعِيرِ غَيْرِ المُغِلِّ[2] ضَمَانٌ »[3] . ولأنَّه قَبَضَها بإذْنِ مالِكِها ، فكانت أمانَةً ، كالوَدِيعَةِ . قالوا : وقولُ النبىِّ ﷺ : « الْعَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ »[4] . يَدُلُّ على أنه أمانَةٌ ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾[5] . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ فى حَدِيثِ صَفْوانَ : « بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ »[6] . ورَوَى الحَسَنُ ، عن سَمُرَةَ ، عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ » .

الإنصاف

نص عليه بلا رَيْبٍ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ »، و « المُذْهَبِ »، و « المُسْتَوْعِبِ »، و « الخُلاصَةِ »، و « المُغْنِى » ،و « الشَّرْحِ » ،و « الفُروعِ » ،و « الفائقِ » ،وغيرِهم . قال الحارِثِىُّ : نَصُّ أحمدَ على ضَمانِ العارِيَّةِ ، وإنْ لم يَتَعَدَّ فيها ، كثيرٌ مُتَكَرِّرٌ جِدًّا مِن جَماعاتٍ . وقَفَ على رِوايَةِ اثْنَيْن وعِشْرِين رَجُلًا . وذكَرَها . قال فى

---

(1) فى الأصل ، ر ، ق : « سيرين » .

(2) المغل : الخائن .

(3) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب العارية ، من كتاب البيوع . المصنف 178/8 . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى 41/3 . والبيهقى ، فى : باب من قال لا يغرم ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى 91/6 .

(4) تقدم تخريجه فى 6/13 .

(5) سورة النساء 58 .

(6) تقدم تخريجه فى صفحة 63 .

الشرح الكبير

رَواه أبو داودَ ، والتِّرمِذِىُّ[1] . وقال : حَديثٌ حَسَنٌ غَريبٌ . ولأنَّه أخَذَ مِلْكَ غيرِه لنَفعِ نَفْسِه مُنْفرِدًا بنَفْعِه ، مِن غيرِ اسْتِحْقاقٍ ولا إذْنٍ فى الإتْلافِ ، فكان مَضْمُونًا ، كالمَغْصُوبِ ، والمأْخُوذِ على وَجْهِ السَّوْمِ . وحَدِيثُهم يَرْوِيه عمرُ[2] بنُ عبدِ الجَبَّارِ ، عن عُبَيْدِ بنِ حَسَّانٍ ، عن عَمْرِو بنِ شُعَيْبٍ ، وعُمَرُ وعُبَيْدٌ ضَعِيفان . قاله الدَّارَقُطْنِىُّ . ويَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ ضَمانَ المَنافِعِ والأجْرِ ، وقِياسُهُم مَنْقوضٌ بالمَقْبُوضِ على وجهِ السَّوْمِ .

فصل : وإن شَرَط نَفْىَ الضَّمانِ [٢٦١/٤ظ] ، لم يَسْقُطْ . وبه قال الشافعىُّ . وقال أبو حَفْصٍ العُكْبَرِىُّ : يَسْقُطُ . قال أبو الخَطّابِ : أَوْمأَ إليه أحمدُ . وبه قال قَتادَةُ ، والعَنْبَرِىُّ ؛ لأنَّه لو أَذِنَ فى إتْلافِها ، لم يَجِبْ ضَمانُها . فكذلك إذا أسْقَطَ عنه ضَمانَها . وقيل . بل مَذْهَبُ قَتادَةَ والعَنْبَرِىِّ ، أنَّها لا تُضْمَنُ إلَّا أن يَشْتَرِطَ ضَمانَها فيَجِبَ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ

الإنصاف

« الفُروعِ » : وقاسَ جماعَةٌ هذه المَسْأَلَةَ على المَقْبوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ ، [٢/ ١٨٤و] فدَلَّ على رِوايَةٍ مُخرَّجَةٍ ، وهو مُتَّجِهٌ . انتهى . وذكَر الحارِثِىُّ خِلافًا ، لا يضْمَنُ ، وذكَرَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ عن بعضِ الأصحابِ ، واخْتارَه ابنُ القَيِّمِ فى « الهَدْىِ » .

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى تضمين العارية ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦٥/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أن العارية مؤداة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٦٩/٥ .
كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب العارية ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨٠٢/٢ . والدارمى ، فى : باب فى العارية مؤداة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٨/٥ ، ١٢ .

(٢) فى الأصل ، تش : « عمرو » .

المقنع

وَكُلُّ مَا كَانَ أَمَانَةً لَا يَصِيرُ مَضْمُونًا بِشَرْطِهِ ، وَمَا كَانَ مَضْمُونًا

الشرح الكبير

لصَفْوانَ : « بَلْ عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ » . ولَنا ، أنَّ كلَّ عَقْدٍ اقْتَضَى الضَّمانَ ، لم يُغَيِّرْه الشَّرْطُ ، كالمَقْبُوضِ ببَيْعٍ صَحِيحٍ أو فاسِدٍ ، وما اقْتَضَى الأمانَةَ فكذلك ، كالوَدِيعةِ والشَّرِكَةِ والمُضارَبَةِ . والذى كان مِن النبىِّ ﷺ إخْبارٌ بصِفَةِ العارِيَّةِ وحُكْمِها . وفارَقَ ما إذا أَذِنَ فى الإتْلافِ ، فإنَّ الإتْلافَ فِعْلٌ يَصِحُّ فيه الإذْنُ ، ويَسْقُطُ حُكْمُه ، إذ لا يَنْعَقِدُ مُوجِبًا للضَّمانِ مع الإذْنِ فيه ، وإسْقاطُ الضَّمانِ هٰهُنا نَفْىٌ للحُكْمِ مع وُجودِ سَبَبِه ، وليس ذلك للمالِكِ ، ولا يَمْلِكُ الإذْنَ فيه .

فصل : وتُضْمَنُ بقِيمَتِها يومَ التَّلَفِ ، إلَّا على الوَجْهِ الذى يَجِبُ فيه ضَمانُ الأجْزاءِ التّالِفَةِ بالانْتِفاعِ المَأْذُونِ فيه ، فإنَّه يَضْمَنُها بقِيمَتِها قبلَ تَلَفِ أجْزائِها إن كانت قِيمَتُها حِينَئِذٍ أكثرَ ، وإن كانت أقَلَّ ، ضَمِنَها بقِيمَتِها يومَ تَلَفِها على الوَجْهَيْن جَمِيعًا ، ويَضْمَنُها بمِثْلِها إن كانت مِثْلِيَّةً .

٢٢٧٦ – مسألة : (وكلُّ ما كان أمانَةً لا يَصِيرُ مَضْمُونًا بشَرْطِه) لأنَّ مُقْتَضَى العَقْدِ كَوْنُه أمَانَةً ، فإذا شَرَط ضَمانَه ، فقد الْتَزَمَ ضَمانَ ما لم يُوجَدْ سَبَبُ ضَمانِه ، فلم يَلْزَمْه ، كما لو اشْتَرَطَ ضَمانَ الوَدِيعَةِ ، أو ضَمانَ مالٍ فى يَدِ مالِكِه (وما كان مَضْمُونًا لا يَنْتَفِى ضَمانُه بشَرْطِه) لأنَّ مُقْتَضَى العَقْدِ الضَّمانُ ، فإذا شَرَط نَفْىَ ضَمانِه لا يَنْتَفِى مع وُجُودِ سَبَبِه ،

الإنصاف

....

المقنع

لَا يَنْتَفِى ضَمَانُهُ بِشَرْطِهِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ ذُكِرَ لَهُ ذَلِكَ فَقَالَ : الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ . فَيَدُلُّ عَلَى نَفْىِ الضَّمَانِ بِشَرْطِهِ . وَإِنْ تَلِفَتْ أَجْزَاؤُهَا بِالِاسْتِعْمَالِ ؛ كَخَمْلِ الْمِنْشَفَةِ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

كما لو اشْتَرَطَ نَفْىَ ضَمانِ ما يَتَعَدَّى فيه (وعن أحمدَ ، أنَّه ذُكِرَ له ذلك فقال : المُؤْمِنُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ . وهذا يَدُلُّ على نَفْيِ الضَّمانِ بشَرْطِه) والأوَّلُ ظاهِرُ المَذْهَبِ ؛ لِما ذَكَرْناه .

٢٢٧٧ – مسألة : (وإن تَلِفَتْ أَجْزاؤُها بالاسْتِعْمالِ ؛ كخَمْلِ

الإنصاف

قوله : وعن أحمدَ ، أنَّه ذُكِرَ له ذلك ، فقالَ : المُسْلِمُون على شُرُوطِهم . فيَدُلُّ على نَفْيِ الضَّمانِ بشرْطِه . فهذه رِوايَةٌ بالضَّمانِ ، إنْ لم يُشْرَطْ نَفْيُه . وجزَم بها فى « التَّبْصِرَةِ » . وعنه ، يضْمَنُ إنْ شرَطَه ، وإلَّا فلا . اخْتارَه أبو حَفْصٍ العُكْبَرِىُّ ، والشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، وصاحِبُ « الفائقِ » .

وقوله : وكلُّ ما كانَ أَمانَةً لا يَصِيرُ مَضْمُونًا بشَرْطِه . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم : هذا ظاهرُ المذهبِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وعنه : المُسْلِمُونَ على شُرُوطِهم . كما تقدَّم .

فائدة : لا يضْمَنُ الوَقْفَ إذا اسْتَعارَه وتَلِفَ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، ككُتُبِ العِلْمِ وغيرِها ، فى ظاهرِ كلامِ الإمامِ أحمدَ والأصحابِ . قالَه فى « الفُروعِ » . وعلى هذا لوِ اسْتَعارَه برَهْنٍ ، ثم تَلِفَ ، أنَّ الرَّهْنَ يرْجِعُ إلى رَبِّه . قلتُ : فيُعايَى بها فيهما .

قوله : وإنْ تَلِفَتْ أَجْزاؤُها بالاسْتِعْمَالِ ، كخَمْلِ المِنْشَفَةِ ، فعلى وَجْهَيْن .

الشرح الكبير

المِنْشَفَةِ[1] ، فعلى وَجْهَيْنِ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ المُسْتَعِيرَ إذا انْتَفَعَ بالعارِيَّةِ ثم رَدَّها على صِفَتِها ، فلا شيءَ عليه ؛ لأنَّ المَنافِعَ مَأْذُونٌ فى إتْلافِها ، فلا يَجِبُ عِوَضُها[2] . وإن تَلِفَ شيءٌ مِن أجْزائِها التى لا تَذْهَبُ بالاسْتِعْمالِ ، ضَمِنَه ؛ لأنَّ ما تُضْمَنُ جُمْلَتُه تُضْمَنُ أجْزاؤُه ، كالمَغْصُوبِ . فأمّا أجزاؤُها التى تَذْهَبُ بالاسْتِعْمالِ كخَمْلِ المِنْشَفَةِ والقَطِيفَةِ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، يَجِبُ ضَمانُه ؛ لأنها[3] أجْزاءُ عَيْنٍ مَضْمُونَةٍ ، فوَجَبَ ضَمانُها ، كالمَغْصُوبِ ، ولأنَّها أجْزاءٌ يَجِبُ ضَمانُها لو تَلِفَتِ العَيْنُ قبلَ اسْتِعْمالِها ، فتُضْمَنُ إذا تَلِفَتْ وَحْدَها ، كالأجْزاءِ التى لا تَتْلَفُ بالاسْتِعْمالِ . والثانى ، لا يَضْمَنُها . وبه قال الشافعىُّ ؛ لأنَّ الإِذْنَ فى الاسْتِعْمالِ تَضَمَّنَه ، فلا يَجِبُ ضَمانُه ، كالمنافِعِ ، وكما لو أذِنَ فى إتْلافِها صَرِيحًا . وفارَقَ ما إذا تَلِفَتِ العَيْنُ قبلَ اسْتِعْمالِها ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ تَمْيِيزُها مِن العَيْنِ ، ولأنَّه إنَّما أذِنَ فى إتْلافِها على وَجْهِ الانْتِفاعِ ، فإذا

الإنصاف

أصْلُهما احتِمالان للقاضى فى « المُجَرَّدِ » . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ »، و « الرِّعايةِ الكُبْرى » ؛ أحدُهما ، لا يضْمَنُ ، إذا كان اسْتِعْمالُها بالمَعْروفِ . وهو الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : لم يضْمَنْ فى الأصحِّ . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحارِثِىِّ » ،

---

(1) خمل المنشفة : هدبها .

(2) فى الأصل : « ضمانها » .

(3) فى م : « لأنه » .

الشرح الكبير

تَلِفَتْ قبلَ ذلك ، فقد فاتتْ[1] على غيرِ الوَجْهِ الذى أُذِنَ فيه ، فضَمِنَها ، كما لو أجَرَ العَيْنَ المُسْتَعارَةَ ، فإنَّه يَضْمَنُ مَنافِعَها . فإن قُلْنا : لا يَضْمَنُ الأجْزاءَ . فتَلِفَتِ العَيْنُ بعدَ ذَهابِها بالاسْتِعْمالِ ، قُوِّمَتْ حالَ التَّلَفِ ؛ لأنَّ الأجْزاءَ التالِفَةَ تَلِفَتْ غيرَ مَضْمُونَةٍ ؛ لكَوْنِها مَأْذُونًا فى إتْلافِها ، فلا يَجُوزُ تَقْوِيمُها عليه . وإن قُلْنا : تُضْمَنُ الأجْزاءُ . قُوِّمَتِ العَيْنُ قبلَ تَلَفِ [٢٦٢/٤و] أجْزائِها . فإن تَلِفَتِ الأجْزاءُ باسْتِعْمالٍ غيرِ مَأْذُونٍ فيه ، كمَن اسْتَعارَ ثَوْبًا ليَلْبَسَه ، فحَمَلَ فيه تُرابًا ، فإنَّه يَضْمَنُ نَقْصَه ومَنافِعَه ؛ لأنَّه تَلِفَ بتَعَدِّيه . وإن تَلِفَتْ بغيرِ تَعَدٍّ منه ولا اسْتِعْمالٍ ، كتَلَفِها بمُرُورِ الزَّمانِ الطَّوِيلِ عليها ، ووُقُوعِ نارٍ فيها ، ضَمِن ما تَلِف بالنارِ ونَحْوِها ؛ لأنَّه تَلَفٌ لم يَتَضَمَّنْه الاسْتِعمالُ المَأْذُونُ فيه ، فهو كتَلَفِها بفِعْلٍ لم يَأْذَنْ فيه . وما تَلِف بطُولِ الزَّمانِ كالذى تَلِف بالاسْتِعْمالِ ؛ لأنَّه تَلِف بالإمْساكِ المَأْذُونِ فيه ، فأشْبَهَ تَلَفَه بالفِعْلِ المَأْذُونِ فيه .

الإنصاف

و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « تجْرِيدِ العِنايَةِ » ، وغيرِهم . وقطَع به فى « التَّعْلِيقِ » ، و « المُحَرَّرِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، يضْمَنُ . وكلامُه فى « الوَجيزِ » مُحْتَمِلٌ . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو تَلِفَتْ كلُّها بالاسْتِعْمالِ بالمَعْروفِ ، فحُكْمُها كذلك ، وكذا الحُكْمُ والمذهبُ لو تَلِفَ وَلَدُ العارِيَّةِ ، أوِ الزِّيادَةُ . وفى ضَمانِ وَلَدِ المُؤْجَرَةِ والوَدِيعَةِ ، الوَجْهان . وتقدَّم فى أثْناءِ بابِ الضَّمانِ ، فى أواخِرِ المَقْبوضِ على وَجْهِ السَّوْمِ ، حُكْمُ وَلَدِ الجانِيَةِ ، والضَّامِنَةِ ، والشَّاهِدَةِ ، والمُوصَى بها . ويأْتِى حُكْمُ

---

(١) فى ر ١ : « تلفت » .

المقنع

وَلَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُعِيرَ ، ....

الشرح الكبير

فصل : ولا يَجِبُ ضَمانُ وَلَدِ العارِيَّةِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّه لم يَدْخُلْ فى الإعارَةِ[1] ، فلم يَدْخُلْ فى الضَّمانِ ، ولا فائِدَةَ للمُسْتَعِيرِ فيه ، أشْبَهَ الوَدِيعَةَ . ويَضْمَنُ فى الآخرِ ؛ لأنَّه وَلَدُ عَيْنٍ مَضْمُونةٍ ، أشْبَهَ وَلَدَ المَغْصُوبةِ . والأوّلُ أصَحُّ ؛ فإنَّ وَلَدَ المَغْصُوبَةِ لا يُضْمَنُ إذا لم يَكُنْ مَغْصُوبًا ، وكذلك وَلَدُ[2] العارِيَّةِ إذا لم يُوجَدْ[3] مع أُمِّه . [4]وإنَّما يُضْمَنُ وَلَدُ المَغْصُوبَةِ إذا كان مَغْصُوبًا ، فلا أثَرَ لكَوْنِه وَلَدًا لها[4] .

٢٢٧٨ – مسألة : (وليس للمُسْتَعِيرِ أن يُعِيرَ) وهذا أحَدُ الوَجْهَيْن لأصحابِ الشافعىِّ . وفى الآخرِ ، له ذلك . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه يُمَلِّكُه على حَسَبِ ما مَلَكَه ، فجاز ، كإجَارَةِ المُسْتَأْجِرِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ مَذْهَبًا لأحمدَ [5]فى العارِيَّةِ المُؤَقَّتةِ ، بناءً[5] على كَوْنِه إذا أعَارَه أرْضَه سَنَةً ليَبْنِىَ فيها ، لم يَحِلَّ الرُّجُوعُ قبلَ السَّنَةِ ؛ لأنَّه قد مَلَكَ

الإنصاف

وَلَدِ المُكاتَبَةِ ، والمُدَبَّرَةِ فى بابَيْهما . الثَّانيةُ ، يُقْبَلُ قَوْلُ المُسْتَعِيرِ أنَّه ما تعَدَّى ، بلا نِزاعٍ . ولا يَضْمَنُ رائِضٌ ووَكِيلٌ ؛ لأنَّه غيرُ مُسْتَعِيرٍ .

قوله : وليس للمُسْتَعِيرِ أنْ يُعِيرَ . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ مُطْلَقًا ، وعليه جماهيرُ

---

(١) فى تش ، ر ١ : « العارية » .

(٢) سقط من : الأصل ، تش ، م .

(٣) فى تش ، م : « يؤخذ » .

(٤ – ٤) سقط من : تش ، ر ١ ، م .

(٥ – ٥) فى الأصل ، ر ، ق : « بناء فى العارية » .

الشرح الكبير

المَنْفَعَةَ ، فجازَتْ له إعارَتُها ، كالمُسْتَأْجِرِ بعَقْدٍ لازِمٍ . [1]وحَكاه صاحِبُ « المُحَرَّرِ » قَوْلًا لأحمدَ . قال أصحابُ الرَّأْىِ : إذا اسْتَعارَ ثَوْبًا لِيَلْبَسَه هو ، فأعْطاه غيرَه ، فلَبِسَه ، فهو ضامِنٌ ، وإن لم يُسَمِّ مَن يَلْبَسُه ، فلا ضمانَ عليه . وقال مالكٌ : إذا لم يَعْمَلْ بها إلَّا الذى كان يَعْمَلُ الذى أُعِيرَهَا ، فلا ضَمانَ عليه[1] . ولَنا ، أنَّ العارِيَّةَ إباحَةُ المَنْفَعَةِ ، [2]فلم يَجُزْ[2] أن يُبِيحَها غيرَه ، كإباحَةِ الطَّعامِ . وفارَقَ الإجارَةَ ؛ فإنَّه مَلَك

الإنصاف

الأصحابِ . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، ونَصَرَه . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . قال الحارِثِىُّ : هذا المَشْهورُ فى المذهبِ . وحكاه جمهورُ الأصحابِ . انتهى . وقيل : له ذلك . قال الشَّارِحُ : وحكَاه صاحِبُ « المُحَرَّرِ » قَوْلًا لأحمدَ . وأطْلَقهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايةِ الكُبْرَى » ، و « الفُروعِ » ، وقال : أصْلُهما ، هل هى هِبَةُ مَنْفَعَةٍ ، أم إباحَةُ مَنْفَعَةٍ ؟ فيه وَجْهان . وكذا هو ظاهِرُ بَحْثِ المُصَنِّفِ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . قال الحارِثِىُّ : أصْلُ هذا ما قدَّمْنا مِن أنَّ الإعارَةَ إباحَةُ مَنْفَعَةٍ . وقال عنِ الوَجْهِ الثَّانِى : يتَفَرَّعُ على رِوايَةِ اللُّزومِ فى العارِيَّةِ المُؤَقَّتَةِ . انتهى . قلتُ : قطَع فى « القاعِدَةِ السَّابِعَةِ والثَّمانِين » بجَوازِ إعارَةِ العَيْنِ المُعارَةِ

(١ - ١) جاء هذا فى الأصل ، ر ، ق بعد قوله : « فجاز ، كإجارة المستأجر » ، السابق .
وفى م : « المجرد » بدلا من : « المحرر » .
(٢ - ٢) فى م : « فلا يجوز » .

الشرح الكبير

الانْتِفاعَ على كلِّ وَجْهٍ ، فمَلَكَ أن يُمَلِّكَها ، وفى العارِيَّةِ لم يَمْلِكْها ، إنَّما مَلَكَ اسْتِيفاءَها على وَجْهِ ما أُذِنَ فيه ، فأشْبَهَ مَن أُبِيحَ له أكْلُ الطَّعامِ . فعلى هذا ، إن أعارَ ، فللمالِكِ الرُّجُوعُ بأَجْرِ المِثْلِ ، وله أن يُطالِبَ مَن شاءَ منهما ؛ لأنَّ الأوَّلَ سَلَّطَ غيرَه على أخذِ مالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، والثانىَ

الإنصاف

المُؤَقَّتَةِ إذا قيلَ بلُزُومِها ، ومِلْكِ المَنْفَعةِ فيها . انتهى . قلتُ : وظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، وصاحِبِ « الهِدايَةِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم ، أنَّ الخِلافَ هنا ليس مَبْنِيًّا ؛ فإنَّهم قالوا : هى هِبَةُ مَنْفَعَةٍ . وقالوا : ليس للمُسْتَعِيرِ أنْ يُعِيرَ . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ عليهما تَعْلِيقُها بشَرْطٍ . وذكَر فى « المُنْتَخَبِ » ، أنَّه يصِحُّ . قال فى « التَّرْغيبِ » : يكْفِى مادَلَّ على الرِّضَا مِن قَوْلٍ أو فِعْلٍ ، فلو سَمِعَ مَن يقولُ : أرَدْتُ مَن يُعِيرُنِى كذا . فأعْطاه ، كَفَى ؛ لأنَّه إباحَةُ عَقْدٍ . انتهى . وقيل : له أنْ يُعِيرَها ، إذا وَقَّتَ له المُعِيرُ وَقْتًا ، وإلَّا فلا .

فائدتان ؛ إحْداهما ، محَلُّ الخِلافِ إذا لم يَأْذَنِ المُعِيرُ له ، فأمَّا إنْ أذِنَ له ، فإنَّه يجوزُ ، قوْلًا واحِدًا . وهو واضِحٌ . الثَّانيةُ ، ليس للمُسْتَعِيرِ أنْ يُؤْجِرَ ما اسْتَعارَه بغيرِ إذْنِ المُعِيرِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وقيل : له ذلك فى الإعارَةِ المُؤَقَّتَةِ . ومتى قُلْنا بصِحَّتِها ، فإنَّ المُسْتَأْجِرَ لا يَضْمَنُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : يَضْمَنُ . قلتُ : فيُعايَى بها . وتقدَّم عكْسُها فى الإجارَةِ ، عندَ قوْلِه : وللمُسْتَأْجِرِ اسْتِيفاءُ المَنْفَعةِ بنَفْسِه وبمِثْلِه . وهو لو أعارَ المُسْتَأْجِرُ العَيْنَ المأْجُورَةَ ، فتلِفَتْ عندَ المُسْتَعِيرِ مِن غيرِ تَعَدٍّ ، هل يضْمَنُها ؟ وتقدَّم فى بابِ الرَّهْنِ جوازُ رَهْنِ المُعارِ ، وأحْكامُه ، فليُعاوَدْ . وتقدَّم حُكْمُ سَهْمِ الفَرَسِ المُسْتَعارِ ، فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى بابِ قِسْمَةِ الغَنائمِ .

المقنع فَإِنْ فَعَلَ فَتَلِفَ عِنْدَ الثَّانِى ، فَلَهُ تَضْمِينُ أَيِّهِمَا شَاءَ ، وَيَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَى الثَّانِى .

الشرح الكبير اسْتَوْفاهُ بغيرِ إذْنِه ، فإن ضَمَّنَ الأوَّلَ ، رَجع على الثانِى ؛ لأنَّ الاسْتِيفاءَ حَصَل منه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه ، وإن ضَمَّنَ الثانِىَ ، لم يَرْجِعْ على الأوَّلِ ، إلَّا أن يكونَ الثانى لم يَعْلَمْ بحَقِيقَةِ الحالِ ، فيَحْتَمِلُ أن يَسْتَقِرَّ الضَّمانُ على الأوَّلِ ؛ لأنَّه غَرَّ الثانىَ ودَفَع إليه العَيْنَ على أنه يَسْتَوْفِى مَنافِعَها بغيرِ عِوَضٍ .

٢٢٧٩ – مسألة : وإن تَلِفَت عند الثانى ، فلِلمالِكِ (تَضْمِينُ أَيِّهِما شاء) لما ذَكَرْنا (ويَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على الثانِى) بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّه قَبَضَها على أنَّها مَضْمُونَةٌ عليه ، فإن ضَمَّنَ الأوّلَ ، رَجَع الأولُ على الثانى ، ولا يَرْجِعُ الثانى إن ضَمَّنَه على أحَدٍ .

الإنصاف **فوائد** ؛ منها ، لو قال إنْسانٌ : لا أرْكَبُ الدَّابَّةَ إلَّا بأجْرَةٍ . فقال رَبُّها : لا آخُذُ لها أُجْرَةً . ولا عَقْدَ بينَهما ، فرَكِبَها [٢/١٨٤ظ] وتَلِفَتْ ، فحُكْمُها حُكمُ العارِيَّةِ . جزَم به فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، وقال : قلتُ : إنْ قدَّرَ إجارَتَها ، فهى إجارَةٌ مُهْدَرَةٌ ، وإلَّا فلا . ومنها ، لو أرْكَبَ دابَّتَه مُنْقَطِعًا للهِ تعالَى ، فتَلِفَتْ تحتَه ، لم يضْمَنْ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « التَّلْخيصِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : يضْمَنُ . ومنها ، لو أرْدَفَ المالِكُ شَخْصًا ، فتَلِفَتْ ، لم يضْمَنْ شيئًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : يضْمَنُ نصْفَ القِيمَةِ . ومال إليه الحارِثِىُّ .

المقنع

وَعَلَى الْمُسْتَعِيرِ مُؤْنَةُ رَدِّ الْعَارِيَّةِ ، لَا مُؤْنَةُ عَيْنِهَا .

الشرح الكبير

٢٢٨٠ – مسألة : (وعلى المُسْتَعِيرِ مُؤْنَةُ رَدِّ العارِيَّةِ) لقولِ النبيِّ ﷺ : « الْعَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ »[١] . وقولِه : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُرَدَّهُ »[٢] . قال التِّرْمِذِيُّ : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ . ويَجِبُ رَدُّها إلى المُعِيرِ أو وَكِيلِه فى قَبْضِها ، [٣]إلى المَوْضِعِ الذى أخَذَها منه ، إلَّا أن يَتَّفِقا على رَدِّها إلى غيرِه ، كالمَغْصُوبِ[٣] ، ويَبْرَأُ بذلك مِن ضَمانِها . وإن رَدَّها إلى المَكانِ الذى أخَذَها منه ، أو إلى مِلْكِ صاحِبِها ، لم يَبْرَأْ مِن ضَمانِها . [٤/٢٦٢ظ] . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَبْرَأُ ؛ لأنَّها صارَتْ كالمَقْبُوضَةِ ، فإنَّ رَدَّ العَوارِىِّ فى العادَةِ يكونُ إلى أمْلاكِ أرْبابِها ، فيكونُ مَأْذُونًا فيه عادَةً . ولَنا ، أنَّه لم يَرُدَّها إلى مالِكِها ، ولا نائِبِه فيها ، فلم يَبْرَأْ منها ، كما لو دَفَعَها إلى أجْنَبِىٍّ . وما ذكَرُوه يَبْطُلُ بالسّارِقِ إذا رَدَّ المَسْرُوقَ إلى الحِرْزِ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ العادَةَ ما ذكَرَ .

الإنصاف

قوله : وعلى المُسْتَعِيرِ مُؤْنَةُ رَدِّ العارِيَّةِ . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَعُوا به ؛ منهم المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والحَلْوانِىُّ فى « التَّبْصِرَةِ » ، وصاحِبُ « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الوَجيزِ » ، وابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » ، وغيرُهم . وقيل : مُؤْنَةُ ردِّها على المالِكِ . ذكَرَه فى « القاعِدَةِ الثَّامِنَةِ و الثَّلاثِين » .

---

(١) تقدم تخريجه فى ٦/١٣ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٩٠ .

(٣ – ٣) سقط من : تش ، ر ١ ، م .

المقنع

فَإِنْ رَدَّ الدَّابَّةَ إِلَى إِصْطَبْلِ الْمَالِكِ أَوْ غُلَامِهِ ، لَمْ يَبْرَأْ مِنَ الضَّمَانِ ، إِلَّا أَنْ يَرُدَّهَا إِلَى مَنْ جَرَتْ عَادَتُهُ بِجَرَيَانِ ذَلِكَ عَلَى يَدِهِ ، كَالسَّائِسِ وَنَحْوِهِ .

الشرح الكبير

٢٢٨١ – مسألة : (فإن رَدَّ الدّابَّةَ إلى إصْطَبْلِ المالكِ أو غُلامِه ، لم يَبْرَأْ من الضَّمانِ ، إلَّا أن يَرُدَّها إلى مَن جَرَتْ عادَتُه بجَريانِ ذلك على يَدِه ، كالسّائِسِ ونحوِه) قد ذَكَرْنا فى المسألةِ التى قبلَها إذا رَدَّها إلى المكانِ الذى أخذَها منه . وإن رَدَّها إلى زَوْجَتِه المُتَصَرِّفةِ فى مالِه ، أو رَدَّ الدّابَّةَ إلى سائِسِها ، فقال القاضى : يَبْرَأُ فى قِياسِ المَذْهَبِ ؛ لأنَّ أحمدَ قال فى الوَدِيعةِ : إذا سَلَّمَها إلى امْرَأَتِه ، لم يَضْمَنْها ؛ لأنه مَأْذُونٌ فى ذلك ، أشْبَهَ ما لو أُذِنَ فيه نُطْقًا .

الإنصاف

قوله : فإنْ رَدَّ الدَّابَّةَ إلى إصْطَبْلِ المالكِ أو غُلامِه ، لم يَبْرَأْ مِنَ الضَّمانِ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، إلَّا أنَّ صاحِبَ « الرِّعايتَيْن » اخْتارَ عدمَ الضَّمانِ برَدِّها إلى غُلامِه .

قوله : إلَّا أنْ يَرُدَّها إلى مَن جَرَتْ عادَتُه بجَرَيانِ ذلك على يَدِه ، كالسَّائسِ ، ونحْوِه . كزَوْجَتِه ، والخازِنِ ، والوَكِيلِ العامِّ فى قَبْضِ حُقوقِه . قالَه فى « المُجَرَّدِ » . وهذا المذهبُ . أعْنِى ، أنَّه لا يضْمَنُ ، إذا ردَّها إلى مَن جرَتْ عادَتُه بجَرَيانِ ذلك على يَدِه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وعندَ الحَلْوانِىِّ ، لا يَبْرَأُ بدَفْعِها إلى السَّائسِ . فظاهِرُ ما قدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، أنَّه لا يَبْرَأُ إلَّا بدَفعِها إلى رَبِّها ، أو وَكِيلِه فقط ، ويأْتِى نَظِيرُ ذلك فى الوَدِيعَةِ .

المقنع

فَصْلٌ : وَإِذَا اخْتَلَفَا ، فَقَالَ : أَجَرْتُكَ . قَالَ : بَلْ أَعَرْتَنِى عَقِيبَ الْعَقْدِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاكِبِ .

الشرح الكبير

فصل : ومَن اسْتعارَ شيئًا فانْتَفَعَ به ، ثم ظَهَر مُسْتَحَقًّا ، فلمالِكِه أَجْرُ مثلِه ، يُطالِبُ به مَن شاء منهما ، فإن ضَمَّنَ المُسْتَعِيرَ ، رَجَع على المُعِيرِ بما غَرِم ؛ لأنَّه غَرَّه بذلك وغَرَّمَه ؛ لأنَّه دَخَل على أن لا أَجْرَ عليه . وإن ضَمَّنَ المُعِيرَ ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ؛ لأنَّ الضَّمانَ اسْتَقَرَّ عليه . قال أحمدُ ، فى قَصَّارٍ دَفَعَ ثَوْبًا إلى غيرِ صاحِبِه ، فلَبِسَه ، فالضَّمانُ على القَصّارِ دُونَ اللَّابِسِ . وسَنَذْكُرُ ذلك فى الغَصْبِ ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : (وإنِ اخْتَلَفَا ، فقال : أجَرْتُكَ . قال : بل أعرتَنى عَقِيبَ العَقْدِ) (١)والبَهِيمةُ قائمةٌ(١) (فالقولُ قولُ الرَّاكِبِ) إذا اخْتَلَفَ رَبُّ الدّابَّةِ والرَّاكِبُ ، فقال الرَّاكِبُ : هى عارِيَّةٌ . وقال المالِكُ : أكْرَيْتُكَها . وكانتِ

الإنصاف

فائدة : لو سلَّم شَرِيكٌ لشَرِيكِه الدَّابَّةَ ، فتَلِفَتْ بلا تَفْريطٍ ولا تَعَدٍّ ؛ بأنْ ساقَها فوقَ العادَةِ ، ونحوِه ، لم يضْمَنْ . قالَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، واقْتَصرَ عليه فى « الفُروعِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ ، كعارِيَّةٍ ، إنْ كان عارِيَّةً ، وإلَّا لم يَضْمَنْ . قلتُ : قال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : يُعْتَبرُ لقَبْضِ المُشاعِ إذْنُ الشَّرِيكِ فيه ، فيكونُ نِصفُه مَقْبُوضًا تَمَلُّكًا ، ونِصْفُ الشَّرِيكِ أمانَةً . وقال فى « الفُنونِ » : بل عارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ . ويأْتِى ذلك فى قَبْضِ الهِبَةِ .

قوله : وإذا اخْتَلَفا ، فقالَ : أَجَرْتُك . قالَ : بل أَعَرْتَنِى - أى ، إذا كانَ

(١ - ١) سقط من : الأصل ، ر ، ق .

المقنع

وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مُضِيٍّ مُدَّةٍ لَهَا أُجْرَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ فِيمَا مَضَى مِنَ الْمُدَّةِ دُونَ مَابَقِيَ مِنْهَا ، ....

الشرح الكبير

الدَّابَّةُ باقِيةً لم تَنْقُصْ ، وكان الاخْتِلافُ عَقِيبَ العَقْدِ ، فالقولُ قولُ الرَّاكِبِ[1] ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ عَقْدِ الإجارَةِ ، وبَراءَةُ ذِمَّتِه منها ، ويَرُدُّ الدَّابَّةَ إلى مالِكِها ، وكذلك إذا ادَّعَى المالِكُ أنَّها عارِيَّةٌ ، وقال الرَّاكِبُ : قد أكْرَيْتَنِيها . فالقولُ قولُ المالِكِ مع يَمِينِه ؛ لِما ذَكَرْنا .

٢٢٨٢ - مسألة : (وإن كان بعدَ مُضِيٍّ مُدَّةٍ لها أُجْرَةٌ ، فالقولُ قولُ المالِكِ فيما مَضَى مِن المُدَّةِ دونَ ما بَقِيَ منها) [2]وإن كان الاخْتِلافُ بعدَ مُضِيٍّ مدَّةٍ لمِثْلِها أُجْرَةٌ ، فالقولُ قولُ المالِكِ مع يَمِينِه[2] . حُكِيَ ذلك عن مالكٍ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : القولُ قولُ الرَّاكِبِ . وهو مَنْصُوصُ الشافِعِيِّ ؛ لأنَّهما اتَّفَقَا على تَلَفِ المَنافِعِ على مِلْكِ الرَّاكِبِ ، وادَّعَى المالِكُ

الإنصاف

الاخْتِلافُ - عَقِيبَ العَقْدِ ، فالقَوْلُ قَوْلُ الرَّاكِبِ . بلا نِزاعٍ ، والحالَةُ هذه ، فلا يَغْرَمُ القِيمَةَ .

وإن كانَ بعدَ مُضِيٍّ مُدَّةٍ لها أُجْرَةٌ ، فالقَوْلُ قَوْلُ المالِكِ فيما مَضَى مِنَ المُدَّةِ . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : وبعدَ مُضِيٍّ مُدَّةٍ لها أُجْرَةٌ ، يُقْبَلُ قَوْلُ المالِكِ فى الأصحِّ ، فى ماضِيها . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » . و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ،

---

(١) بعدها فى ر ١ ، م : « مع يمينه » .

(٢ - ٢) سقط من : تش ، م .

الشرح الكبير

عِوَضًا لها ، والأَصْلُ عَدَمُ وُجُوبِه وبَراءَةُ ذِمَّةِ الرّاكِبِ منه ، (١)فكان القولُ قولَه(١) . ولَنا ، أنَّهما اخْتَلَفَا فى كَيْفِيَّةِ انْتِقالِ المَنافِعِ إلى مِلْكِ الرّاكِبِ ، فكان القولُ قولَ المالِكِ ، كما لو اخْتَلَفَا فى عَيْنٍ ، فقال المالِكُ : بِعْتُكَها . وقال الآخَرُ : وَهَبْتَنِيها . ولأنَّ المَنافِعَ تَجْرِى مَجْرَى الأعْيانِ فى المِلْكِ والعَقْدِ عليها ، ولو اخْتَلَفا فى الأَعْيانِ ، كان القولُ قولَ المالِكِ ، كذا هـٰهُنا . وما ذَكَرُوه يَبْطُلُ بهذه المسألةِ . ولأنَّهما اتَّفَقا على أنَّ المَنافِعَ لا تَنْتَقِلُ إلى الرّاكِبِ إلَّا بنَقْلِ المالِكِ لها ، فيكونُ القولُ قولَه فى كَيْفِيَّةِ الانْتِقالِ ، كالأعْيانِ ، فيَحْلِفُ المالِكُ ، ويَسْتَحِقُّ الأجْرَ .

الإنصاف

و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وقيل : القَوْلُ قَوْلُ الرَّاكِبِ . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ فى « تَذْكِرَتِه » . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : وهو مَحْمولٌ على ما إذا اخْتلَفا عَقِبَ قَبْضِ العَيْنِ ، وقبلَ انْتِفاعِ القابِضِ . يعْنِى المَسْأَلَةَ الأُولَى . قال فى « التَّلْخيصِ » : وعنْدِى أنَّ كلامَه على ظاهِرِه . وعلَّله . فعلى المذهبِ ، يَحْلِفُ على نَفْىِ الإعارَةِ . وهل يتَعرَّضُ لإثْباتِ الإجارَةِ ؟ قال الحارِثِىُّ : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ والأَكْثَرِين ، التَّعَرُّضُ . وقال فى « التَّلْخيصِ » : لا يَتعرَّضُ لإثْباتِ الإجارَةِ ، ولا للأُجْرَةِ المُسَمَّاةِ . وقطَع به . قال الحارِثِىُّ : وهو الحَقُّ . فعلى هذا الوَجْهِ ، يجِبُ أقَلُّ الأجْرَيْن مِنَ المُسَمَّى ، أو أُجْرَةِ المِثْلِ . جزَم به فى « التَّلْخيصِ » .

(١ - ١) سقط من : تش ، م .

المقنع وَهَلْ يَسْتَحِقُّ أُجْرَةَ الْمِثْلِ ، أَوِ الْمُدَّعَى إِنْ زَادَ عَلَيْهَا؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير **٢٢٨٣** – مسألة : (وهل يَسْتَحِقُّ أُجْرَةَ المِثْلِ ، أو المُدَّعَى إن زاد عليها ؟ على وَجْهَيْن) أحَدُهما ، أَجْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّهما لو اتَّفقا على وُجُوبه ، واخْتَلَفا فى قَدْرِه ، وَجَب أَجْرُ المِثْلِ ، فمع الاخْتِلافِ فى أَصْلِه أَوْلَى . والثانى ، المُسَمَّى ؛ لأنَّه وَجَب بقولِ المالِكِ ويَمِينِه ، فوَجَبَ ما حَلَف عليه ، كالأصْلِ . والأوّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ الإِجارَةَ لا تَثْبُتُ بِدَعْوَى المالِكِ بغيرِ بَيِّنَةٍ ، وإنَّما يَسْتَحِقُّ بَدَلَ المَنْفَعَةِ وهو أَجْرُ المِثْلِ . وقيلَ : يَلْزَمُه أَقَلُّ الأَمْرَيْن [1]مِن المُسَمَّى وأَجْرِ المِثْلِ[1] ؛ لأنَّه إن كان المُسَمَّى أَقَلَّ فقد رَضِىَ به ، وإن كان أكْثَرَ ، فليس له إلَّا أَجْرُ [٢٦٣/٤و] المِثْلِ ؛ لأنَّ الإجارَةَ لم تَثْبُتْ ، وإنَّما يكونُ القولُ قولَ المالِكِ إذا اخْتَلَفا فى أثْناءِ المُدَّةِ فيما مَضَى منها ، وأمّا فيما بَقِىَ فالقولُ قولُ المُسْتَعِيرِ ؛ لأنَّ ما بَقِىَ بمَنْزِلةِ ما لو اخْتَلَفا عَقِيبَ العَقْدِ . وإنِ ادَّعَى المالِكُ فى هذه الصُّورةِ أنَّها عارِيَّةٌ ، وادَّعَى الآخَرُ أنَّها بأُجْرَةٍ ، فهو يَدَّعِى اسْتِحْقاقَ المَنافِعِ ، ويَعْتَرِفُ بالأَجْرِ للمالِكِ ، والمالِكُ يُنْكِرُ ذلك كلَّه ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، فيَحْلِفُ ، ويأْخُذُ بَهِيمَتَه .

الإنصاف قوله : وهل يَسْتَحِقُّ أُجْرَةَ المِثْلِ أوِ المُدَّعَى إنْ زادَ عليها ؟ على وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « المُحَرَّرِ » ؛ أحدُهما ، له أُجْرَةُ المِثْلِ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . صحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ،

(١ – ١) سقط من : تش ، ر ١ ، م .

المقنع [١٣٧و] وَإِنْ قَالَ : أَعَرْتُكَ ، قَالَ : بَلْ أَجَرْتَنِى ، وَالْبَهِيمَةُ تَالِفَةٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ .

الشرح الكبير **٢٢٨٤** - مسألة : وإنِ اخْتَلَفَا بعدَ تَلَفِ الدَّابَّةِ فقال المالِكُ (أَعَرْتُكَ) وقال الراكِبُ (بل أَجَرْتَنِى . فالقولُ قولُ المالِكِ) إذا كان قبلَ مُضِيٍّ مُدَّةٍ لِمِثْلِها[1] أُجْرةٌ ، سَواءٌ ادَّعَى الإِجارَةَ أو الإِعارَةَ[2] ؛ لأنَّه إنِ ادَّعَى الإِجارَةَ فهو مُعْتَرِفٌ للرّاكِبِ بِبَراءَةِ ذِمَّتِه مِن ضَمانِها ، فيُقْبَلُ إقْرارُه

الإنصاف وصاحِبُ « التَّصْحيحِ » ، و « تَصْحيحِ المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرُهم . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . والوَجْهُ الثَّانِى ، يَسْتَحِقُّ المُدَّعَى ، إنْ زادَ على أُجْرَةِ المِثْلِ . وقيل : له الأقَلُّ مِنَ المُسَمَّى ، أو أُجْرَةِ المِثْلِ . اخْتارَه فى « المُحَرَّرِ » ، وأطْلَقَهُنَّ الحارِثِىُّ . وقيل : يَسْتَحِقُّ المُسَمَّى مُطلَقًا .

فائدتان ؛ إحْداهما ، وكذا الحُكْمُ لوِ ادَّعَى بعدَ زَرْعِ الأرْضِ أنَّها عارِيَّةٌ ، وقال رَبُّ الأرْضِ : بل إجارَةٌ . ذكَرَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . قلتُ : وكذا جميعُ ما يصْلُحُ للإِجارَةِ والإِعارَةِ ، إذا اخْتلَفا بعدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ لها أُجْرَةٌ . الثَّانيةُ ، قولُه : وإنْ قالَ : أعَرْتُك . قالَ : بل أجَرْتَنِى . والبَهِيمَةُ تالِفَةٌ ، فالقَوْلُ قَوْلُ المَالِكِ . بلا نِزاعٍ . وكذا مثلُها فى الحُكْمِ لو قال : أعَرْتَنِى . قال : بل أوْدَعْتُك . فالقَوْلُ قَوْلُ المالِكِ ، ويَضمَنُ ما انْتفَعَ منها ، وكذا لوِ اخْتلَفا فى رَدِّها ، فالقَوْلُ قولُ المالِكِ .

---

(١) فى تش ، ر ١ ، م : « لها » .

(٢) فى م : « العارية » .

الشرح الكبير

على نَفْسِه ، وإنِ ادَّعَى الإعارَةَ ، فهو يَدَّعِي قِيمَتَها ، والقولُ قولُه ؛ لأنَّهما اخْتَلَفَا فى صِفَةِ القَبْضِ ، والأصْلُ فيما يَقْبِضُه الإنسانُ مِن مالِ غيرِه الضَّمانُ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّه »[1] . حَدِيثٌ حَسَنٌ . وإذا حَلَف المالِكُ اسْتَحَقَّ القِيمةَ ، والقولُ فى قَدْرِها قولُ الراكِبِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ للزِّيادَةِ المُخْتَلَفِ فيها ، والأصْلُ عَدَمُها . وإنِ اختلفا فى ذلك بعدَ مُضِىِّ مُدَّةٍ لمِثْلِها[2] أَجْرٌ ، والبَهِيمَةُ تالِفَةٌ ، وكان الأجْرُ بقَدْرِ قِيمَتِها ، أو كان ما يَدَّعِيه المالِكُ أقَلَّ مِمّا يَعْتَرِفُ به الرّاكِبُ ، فالقولُ قولُ المالِكِ بغيرِ يَمِينٍ ، سَواءٌ ادَّعَى الإجارَةَ أو الإعارَةَ ، إذ لا فائِدَةَ فى اليمينِ على شىءٍ يَعْتَرِفُ له به خَصْمُه . ويَحْتَمِلُ أن لا يأْخُذَه إلَّا بيَمِينٍ ؛ لأنَّه يَدَّعِي شيئًا لا يُصَدَّقُ فيه ، ويَعْتَرِفُ له خَصْمُه بما لا يَدَّعِيه ، فيَحْلِفُ على ما يَدَّعِيه . وإن كان ما يَدَّعِيه المالِكُ أكْثَرَ ، بأن تكونَ قِيمَةُ الدّابَّةِ أكْثَرَ مِن أجْرِها ، فادَّعَى المالِكُ أنَّها عارِيَّةٌ لتَجِبَ له القِيمَةُ ، وأنْكَرَ اسْتِحْقاقَ الأجْرِ ، وادَّعَى الرّاكِبُ أنَّها مُكْتَراةٌ ، أو كان الكِراءُ أكْثَرَ مِن قِيمَتِها ، فادَّعَى المالِكُ أنَّه أجَرَها ؛ ليَجِبَ له الكِرَاءُ ، وادَّعَى الرّاكِبُ أنَّها عارِيَّةٌ ، فالقَوْلُ قولُ المالِكِ فى الصُّورَتَيْن ؛ لِما قَدَّمْنا ، فإذا حَلَف ، اسْتَحَقَّ ما حَلَف عليه . ومَذْهَبُ الشافعىِّ فى هذا كلِّه نَحْوُ ما ذَكَرْنا .

الإنصاف ....

(1) تقدم تخريجه فى صفحة ٩٠ .

(2) فى تش ، ر ١ ، م : « لها » .

المقنع

وَإِنْ قَالَ : أَعَرْتَنِي . أَوْ : أَجَرْتَنِي . قَالَ : بَلْ غَصَبْتَنِي . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ . وَقِيلَ : قَوْلُ الْغَاصِبِ .

الشرح الكبير

٢٢٨٥ – مسألة : (وإن قال : أَجَرْتَنِي . أو : أَعَرْتَنِي . قال : بل غَصَبْتَنِي . فالقولُ قولُ المالِكِ . وقيل : قولُ الغاصِبِ) إذا كان الاخْتِلافُ عَقِيبَ العَقْدِ ، والدّابّةُ قائِمةٌ لم تَنْقُصْ ، فلا مَعْنَى للاخْتِلافِ ، ويأْخُذُ المالِكُ دابَّتَه . وكذلك إن كانتِ الدّابَّةُ تالِفَةً ، وادَّعَى الرّاكِبُ العارِيَّةَ ؛ لأنَّ القِيمَةَ تَجِبُ على المُسْتَعِيرِ كوُجُوبِها على الغاصِبِ . وإن كان الاخْتِلافُ بعدَ مُضِيٍّ مُدَّةٍ لها أُجْرةٌ ، فالاخْتِلافُ فى وُجُوبِه ، والقولُ قولُ المالِكِ . وهذا ظاهِرُ قولِ الشافعيِّ . ونَقَل المُزَنِيُّ عنه ، أنَّ القولَ قولُ الرّاكِبِ . وذَكَرَه بعضُ أصحابِنا ؛ لأنَّ المالِكَ يَدَّعِي عليه عِوَضًا الأَصْلُ

الإنصاف

قوله : وإنْ قالَ : أَعَرْتَنِى . أو : أَجَرْتَنِى . قالَ : بل غَصَبْتَنِى . فالقَوْلُ قَوْلُ المالِكِ . القَوْلُ قَوْلُ المالِكِ ، فى أنَّه ما أَجَرَه ولا أعارَه ، بلا نِزاعٍ ، ثم هُنا صُورَتان ؛ إحْداهما ، أنْ يقولَ : أَعَرْتَنِى . فيَقولَ المالِكُ : بل غَصَبْتَنِى . فإنْ وقَع الاخْتِلافُ عَقِيبَ العَقْدِ ، والدَّابَّةُ باقِيَةٌ ، أخَذَها المالِكُ ، ولا معْنَى للاخْتِلافِ ، وكذا إنْ كانتْ تالِفَةً . قالَه المُصَنِّفُ وغيرُه . قالَ الحارِثِيُّ : [٢/ ١٨٥و] ويَحْلِفُ ، على أصحِّ الوَجْهَيْن . وإنْ وقَع بعدَ مُضِيٍّ مُدَّةٍ لها أُجْرَةٌ ، فيَجِبُ عليه أُجْرَةُ المِثْلِ ؛ لأنَّ القَوْلَ قَوْلُ المالِكِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وصحَّحُوه . وقيل : القَوْلُ قَوْلُ الرَّاكِبِ . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » . الصُّورَةُ الثَّانِيَةُ ، قال : أَجَرْتَنِى . قال : بل غَصَبْتَنِى . فالقَوْلُ قولُ المالِكِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم ، وصحَّحُوه . وقيل : القَوْلُ قَوْلُ الرَّاكِبِ .

الشرح الكبير

بَراءَةُ ذِمّتِه منه ، ولأنَّ الظاهِرَ مِن اليَدِ أنها بِحَقٍّ ، فكان القولُ قولَ صاحِبِها . ولَنا ، ما قَدَّمْنا فى المسألةِ التى قبلَها ، بل هذا أوْلَى ؛ لأنَّهما ثَمَّ اتَّفقَا على أنَّ المَنافِعَ مِلْكٌ للرّاكِبِ ، وهٰهُنا لم يَتَّفِقَا على ذلك ، فإنَّ المالِكَ يُنْكِرُ انْتِقالَ المِلْكِ فيها إلى الرَّاكِبِ ، والرَّاكِبُ يَدَّعِيه ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ الانْتِقالِ ، فيَحْلِفُ ، ويَسْتَحِقُّ الأجْرَ . فإن قال المالِكُ : غَصَبْتَها . وقال الراكبُ : أَجَرْتَنِيها . فالاخْتِلافُ هٰهُنا فى وُجُوبِ القِيمَةِ ؛ لأنَّ الأجْرَ يَجِبُ فى المَوْضِعَيْن ، إلَّا أن يَخْتَلِفَ المُسَمَّى وأَجْرُ المِثْلِ ، فالقولُ قولُ المالِكِ مع يَمِينِه فى وُجُوبِ القِيمَةِ . [٢٦٣/٤ظ] فإن كانتِ الدّابَّةُ تالِفَةً عَقِيبَ أَخْذِها ، حَلَف وأَخَذَ قيمَتَها ، وإن كانت قد بَقِيَتْ[1] مُدَّةً لمِثْلِها أَجْرٌ ، والمُسَمَّى بقَدْرِ أَجْرِ المِثْلِ ، أخَذَه المالِكُ ؛

الإنصاف

تنبيهان ؛ أحدُهما ، ثَمرَةُ الخِلافِ تَظْهَرُ فى هذه الصُّورَةِ مع التَّلَفِ ، فتَجِبُ القِيمَةُ ، على المذهبِ . وعلى الثَّانى ، لا شئَ على الرَّاكِبِ ، ويَحْلِفُ ويَبْرَأُ . ومع عدَمِ التَّلَفِ يرْجِعُ بالعَيْنِ فى الحالِ مع اليَمينِ ، بلا نِزاعٍ ، ولا يَأْتِى الوَجْهُ الآخَرُ هنا . قالَه الحارِثِىُّ . وأمَّا الأُجْرَةُ ، فمُتَّفِقان عليها ، اللَّهُمَّ إلَّا أنْ يتَفاوَتَ المُسَمَّى وأُجْرَةُ المِثْلِ ، فإنْ كانَ أجْرُ المِثْلِ أقَلَّ ، أخَذَه المالِكُ ، وكذلك لوِ اسْتَوَيَا ، ويَحْلِفُ . على الصَّحيحِ ، وإنْ كانَ الأَجْرُ أكْثَرَ ، حَلَفَ ولابُدَّ ، وَجْهًا واحِدًا . قالَه الحارِثِىُّ . الثَّانى ، قولُه : وقيلَ : القَوْلُ قَوْلُ الغاصِبِ . فيه تَجَوُّزٌ . قال الحارِثِىُّ : وليس بالحَسَنِ ، وكان الأَجْوَدُ أنْ يقولَ : القابِضِ أوِ الرَّاكِبِ ، ونحوِه ؛ إذْ قَبُولُ القَوْلِ يُنافِى كوْنَه غاصِبًا . انتهى .

---

(١) فى الأصل : « تعين » .

المقنع ....

الشرح الكبير

لاتِّفاقِهما على اسْتِحْقاقِه ، وكذلك إن كان أجْرُ المِثْلِ دونَ المُسَمَّى . وفى اليَمِينِ وَجْهان . وإن كان زائِدًا عن المُسَمَّى ، لم يَسْتَحِقَّه إلَّا باليمينِ ، وَجْهًا واحِدًا . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف

فائدة : لو قال المالِكُ : أعَرْتُك . قال : بل أوْدَعْتَنِى . فالقَوْلُ قَوْلُ المالِكِ ، ويَسْتَحِقُّ قِيمَةَ العَيْنِ ، إنْ كانتْ تالِفَةً . ولو قال المالِكُ : أوْدَعْتُك . قال : بل أعَرْتَنِى . فالقَوْلُ قَوْلُ المالِكِ أيضًا ، ويَسْتَحِقُّ أُجْرَةَ ما انْتفَعَ بها ، فهو كما لو قال : غَصَبْتَنِى . ذكَرَهما فى « المُسْتَوْعِبِ » وغيرِه .



المقنع

كِتَابُ الْغَصْبِ

وَهُوَ الِاسْتِيلَاءُ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ قَهْرًا بِغَيْرِ حَقٍّ .

الشرح الكبير

كتابُ الغَصْبِ

(وهو الاسْتِيلاءُ على مالِ الغيرِ قَهْرًا بغيرِ حَقٍّ) وهو مُحَرَّمٌ بالكتابِ والسُّنَّةِ والإِجْماعِ ؛ أمَّا الكتابُ ، فقولُه تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾(١) . وقولُه تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾(٢) . وأمَّا السُّنَّةُ ، فرَوَى جابرٌ أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال فى خُطْبَتِه يومَ النَّحْرِ : « إنَّ دِمَاءَكُمْ وأموالَكُمْ حرامٌ عَلَيْكُمْ(٣) ، كحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هذا ، فى شَهْرِكُمْ هذا ، فى بَلَدِكُمْ هذا » . رَواه مُسْلِمٌ

الإنصاف

كِتابُ الغَصْبِ

قوله : وهو الاسْتيلاءُ على مالِ الغيْرِ قَهْرًا بغَيْرِ حَقٍّ . وكذا قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المَذْهَبِ الأَحْمَدِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وليس بجامِعٍ ؛ لعدَمِ دُخولِ غَصْبِ الكَلْبِ ، وخَمْرِ الذِّمِّىِّ ، والمَنافِعِ ، والحُقوقِ ، والاخْتِصاصِ . قال الحارِثِىُّ : وحُقوقِ الوِلاياتِ ؛ كمَنْصِبِ

---

(١) سورة النساء ٢٩ .

(٢) سورة البقرة ١٨٨ .

(٣) سقط من : تش ، م .

الشرح الكبير

وغيرُه[1] . وعن سعيدِ بنِ زيدٍ قال : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقولُ : « مَنْ أَخَذَ شِبْرًا مِنَ الأَرْضِ ظُلْمًا ، طُوِّقَهُ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ » مُتَّفَقٌ عليه[2] . ورَوَى أبو حُرَّةَ الرَّقاشِيُّ ، عن عمِّه وعمرو بنِ يَثْرِبِيٍّ ، عن

الإنصاف

الإمارَةِ ، والقَضاءِ . قال الزَّرْكَشِيُّ : الاسْتِيلاءُ يَسْتَدْعِى القَهْرَ والغَلَبَةَ ، فإذَنْ قَوْلُه : قَهْرًا . زِيادَةٌ فى الحَدِّ ، ولهذا أسْقَطَه فى « المُغْنِى » . انتهى . قلتُ : الذى يَظْهَرُ ، أنَّ الاسْتِيلاءَ يشْمَلُ القَهْرَ والغَلَبَةَ وغيرَهما ، فلوِ اقْتَصَر على الاسْتِيلاءِ ، لوَرَدَ عليه المَسْروقُ ، والمُنْتَهَبُ ، والمُخْتَلَسُ ؛ فإنَّ ذلك لا يُسَمَّى غَصْبًا ، ويقالُ : اسْتُوْلِىَ عليه . وقال فى « المُطْلِعِ » : فلو قال : الاسْتِيلاءُ على حقِّ غيرِه . لصَحَّ لفْظًا ، وعمَّ مَعْنًى . انتهى . وقَوْلُه : لصَحَّ لَفْظًا . لكَوْنِ المُصَنِّفِ أدْخَلَ « الألِفَ واللَّامَ » على « غيرِ » . قال : والمَعْروفُ ، عندَ أهْلِ اللُّغَةِ ، عدَمُ دُخُولِهما عليها . قلتُ : قد حكَى النَّوَوِىُّ رَحِمَهُ اللهُ ، فى « تَهْذيبِ الأسْماءِ واللُّغاتِ »[3] ، عن غيرِ واحدٍ مِن أهْلِ العَرَبِيَّةِ ، أنَّهم جوَّزُوا دُخُولَهما على « غيرِ » . وممَّن أدْخَلَ الألِفَ واللَّامَ على « غيرِ » مِنَ الأصحابِ ؛ مَن تقدَّم ذِكْرُه ، وصاحِبُ « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، والحارِثِىُّ . وقال فى « الرِّعايتَيْن » : هو الاسْتِيلاءُ على مالِ الغَيْرِ قَهْرًا ظُلْمًا . ويَرِدُ عليه ما تقدَّم . وقال فى « الفُروعِ » ،

---

(1) تقدم تخريجه فى ٣٦٣/٨ . من حديث جابر فى صفة الحج .

(2) أخرجه البخارى ، فى : باب إثم من ظلم شيئًا من الأرض ، من كتاب المظالم . وفى : باب ما جاء فى سبع أرضين ، من كتاب بدء الخلق . صحيح البخارى ٣ / ١٧٠ ، ٤ / ١٣٠ . ومسلم ، فى : باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها ، من كتاب المساقاة ٣ / ١٢٣٠ ، ١٢٣٢ .

كما أخرجه الدارمى ، فى : باب من أخذ شبرًا من الأرض ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢ / ٢٦٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ١٨٧-١٩٠ .

(3) ٦٥/٢ ، ٦٦ .

الشرح الكبير

النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ ، إلَّا عن طيبِ نَفْسٍ منه » . رَواه الجُوزْجانىُّ[1] . وأَجْمَعَ المسلمون على تحريمِ الغَصْبِ فى الجملةِ ، وإنَّما اخْتَلَفوا فى فروعٍ منه ، نَذْكُرُها إن شاء اللهُ تعالى .

الإنصاف

تَبَعًا للحارِثِىِّ : هو الاسْتِيلاءُ على حقٍّ غيرِه قَهْرًا ظُلْمًا . قال الحارِثِىُّ : هذا أَسَدُّ الحُدودِ . قلتُ : فهو أَوْلَى مِن حدِّ صاحِبِ « المُطْلِعِ » وأَمْنَعُ ؛ فإنَّه يَرِدُ على حَدِّ صاحبِ « المُطْلِعِ » ، لوِ اسْتَوْلَى على حقِّ غيرِه ، مِن غيرِ ظُلْمٍ ولا قَهْرٍ ، أنَّه يُسَمَّى غَصْبًا . وليس كذلك ، اللَّهُمَّ إلَّا أنْ يكونَ مُرادُه ذلك مع بَقِيَّةِ حدِّ المُصَنِّفِ . وهو الظَّاهِرُ . وقال فى « الوَجيزِ » : هو الاسْتِيلاءُ على حقٍّ غيرِه ظُلْمًا . ويَرِدُ عليه ما أُخِذَ مِن غيرِ قَهْرٍ . وقال فى « تجْريدِ العِنايةِ » : هو اسْتِيلاءُ غيرِ حَرْبِىٍّ على حقٍّ غيرِه قَهْرًا بغيرِ حقٍّ . قلتُ : هو أصحُّ الحُدودِ وأَسْلَمُها . ويَرِدُ على حَدِّ غيرِه ، اسْتِيلاءُ الحَرْبِىِّ ، فإنَّه اسْتِيلاءٌ على حقٍّ غيرِه قَهْرًا بغيرِ حَقٍّ ، وليس بغَصْبٍ . على ما يأْتِى قريبًا فى كلامِ الشَّيْخِ تَقِىِّ الدِّينِ . وقال فى « المُحَرَّرِ » : هو الاسْتِيلاءُ على مالِ الغيرِ ظُلْمًا . وتابعَه فى « الفائقِ » ، و « إدْراكِ الغايةِ » ، ومَعْناه فى « الكافِى » ، و « العُمْدَةِ » ، و « المُغْنِى » . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : وقوْلُه : على مالِ الغَيْرِ ظُلْمًا . يدْخُلُ فيه مالُ المُسْلِمِ ، والمُعاهَدِ ، وهو المالُ المَعْصومُ ، ويَخْرُجُ منه اسْتِيلاءُ المُسْلِمِين على أمْوالِ أهْلِ الحَرْبِ ، فإنَّه ليس بظُلْمٍ . ويدْخُلُ فيه اسْتِيلاءُ أهْلِ الحَرْبِ على مالِ المُسْلِمِين ، وليس بجَيِّدٍ ؛ فإنَّه ليس مِنَ الغَصْبِ المَذْكورِ حُكْمُه . هذا بإجْماعِ المُسْلِمِين ؛ إذْ لا خِلافَ أنَّه لا يُضْمَنُ بالإتْلافِ ، ولا بالتَّلَفِ ، وإنَّما الخِلافُ فى وُجوبِ رَدِّ عَيْنِه ، إذا قَدَرْنا على أخْذِه . وأمَّا أمْوالُ أهْلِ البَغْىِ ، وأهْلِ العَدْلِ ، فقد لا تَرِدُ ؛ لأنَّه هناك لا يجوزُ

---

(1) تقدم تخريجه فى ٤٣٢/١٣ .

المقنع وَتُضْمَنُ أُمُّ الْوَلَدِ وَالْعَقَارُ بِالْغَصْبِ .

الشرح الكبير **٢٢٨٦** – مسألة : (وتُضْمَنُ أُمُّ الولدِ والعقارُ بالغَصْبِ) وهو قولُ الشافعىِّ ، وأبى يُوسُفَ ، ومحمدٍ . وقال أبو حنيفةَ : لا تُضْمَنُ ؛ لأنَّ أُمَّ الولدِ لا تجْرِى مَجْرَى المالِ ، بدليلِ أنَّه لا يَتَعلَّقُ بها حَقُّ الغيرِ ، فأشْبَهَتِ الحُرَّ . ولَنا ، أنَّها تُضْمَنُ بالقيمَةِ ، فتُضْمَنُ بالغَصْبِ ، كالْقِنِّ ، ولأنَّها مَمْلوكةٌ ، أشْبَهَتِ المُدَبَّرَةَ ، وفارَقَتِ الحُرَّةَ ، فإنَّها ليست مملوكةً ، ولا تُضْمَنُ بالقِيمَةِ .

٢٢٨٧ – مسألة : (و) يُضْمَنُ (العقارُ بالغَصْبِ) ويُتَصَوَّرُ

الإنصاف الاسْتِيلاءُ على عَيْنِها ، ومتى أُتْلِفَتْ بعدَ الاسْتِيلاءِ على عَيْنِها ، ضُمِنَتْ ، وإنَّما الخِلافُ فى ضَمانِها بالإتْلافِ وَقْتَ الحَرْبِ . ويدْخُلُ فيه ما أخَذَه المُلوكُ والقُطَّاعُ مِن أمْوالِ النَّاسِ بغيرِ حقٍّ ؛ مِنَ المُكُوسِ[1] وغيرِها . فأمَّا اسْتِيلاءُ أهْلِ الحَرْبِ بعضِهم على بعضٍ ، فيَدْخُلُ فيه ، وليس بجَيِّدٍ ؛ لأنَّه ظُلْمٌ ، فيَحْرُمُ عليهم قَتْلُ النُّفوسِ ، وأخْذُ الأمْوالِ إلَّا بأمْرِ اللهِ ، لكِنْ يُقالُ : لمَّا كان المأْخُوذُ مُباحًا بالنِّسْبَةِ إلينا ، لم يَصِرْ ظُلْمًا فى حقِّنا ، ولا فى حقِّ مَن أسْلَمَ منهم . فأمَّا ما أُخِذَ مِنَ الأمْوالِ والنُّفوسِ ، أو أُتْلِفَ منهما فى حالِ الجاهِلِيَّةِ ، فقد أُقِرَّ قرارُه ؛ لأنَّه كانَ مُباحًا ؛ لأنَّ الإسْلامَ عَفا عنه ، فهو عَفْوٌ بشَرْطِ الإسْلامِ ، وكذلك بشَرْطِ الأمانِ ، فلو تَحاكَمَ إلينا مُسْتأْمَنان ، حكَمْنا بالاسْتِقْرارِ . انتهى . قلتُ : ويَرِدُ عليه ما ورَدَ على المُصَنِّفِ وغيرِه ممَّا تقدَّم ذِكْرُه . ويَرِدُ عليه أيضًا المَسْروقُ ، والمُخْتَلَسُ ، ونحوُهما .

قوله : ويُضْمَنُ العَقارُ بالغَصْبِ – هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، حتى أنَّ

(١) المفرد « مكس » : الضريبة يأخذها المكّاس ممن يدخل البلد من التجار .

المقنع

وَعَنْهُ ، مَايَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْعَقَارَ لَا يُضْمَنُ بِالْغَصْبِ .

الشرح الكبير

غَصْبُ الأراضِى والدُّورِ ، ويَجِبُ ضَمانُه على غاصِبه . هذا ظاهِرُ مَذْهَبِ أحمدَ . وهو المنصوصُ عندَ أصحابِه . وبه قال مالكٌ ، والشافعىُّ ، ومحمدُ ابنُ الحسنِ . وروَى ابنُ منصورٍ عن أحمدَ ، فى مَن غَصَب أرضًا فزرعَها ، ثم أصابَها غَرَقٌ مِن الغاصِبِ ، غَرِمَ قِيمَةَ الأرضِ ، فإن كان سَبَبًا[1] مِن السماءِ ، لم يكنْ عليه شئٌ . فظاهِرُ هذا أنَّها لا تُضْمَنُ بالغَصْبِ . وقال أبو حنيفةَ ، وأبو يوسفَ : لا يُتَصَوَّرُ غَصْبُها ، ولا تُضْمَنُ بالغَصْبِ ، فإن أتلفَها ، ضَمِنها بالإِتْلافِ ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ فيها النَّقْلُ والتَّحْويلُ ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو حال بينَه وبينَ متاعِه ، فتَلِفَ المتاعُ ، ولأنَّ الغَصْبَ إثْباتُ اليَدِ على المالِ عُدْوانًا ، على وَجْهٍ تزولُ به يَدُ المالكِ ، ولا يُمْكِنُ ذلك فى العقارِ . ولَنا ، قولُه عليه السلامُ : « مَنْ ظَلَمَ شِبْرًا مِنَ الأَرْضِ ، طُوِّقَهُ يَوْمَ القيامةِ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ » . مُتَّفَقٌ على معناه . وفى لفظٍ : « مَنْ غَصَبَ

الإنصاف

القاضِىَ وأكثرَ أصحابِه لم يذْكُروا فيه خِلافًا - وعنه ، ما يدُلُّ على أنَّ العَقارَ لا يُضْمَنُ بالغَصْبِ . نقَلَه ابنُ مَنْصُورٍ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، يحْصُلُ الغَصْبُ بمُجَرَّدِ الاسْتِيلاءِ قَهْرًا ظُلْمًا ، كما تقدَّم . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقيل : يُعْتَبرُ فى غَصْبِ ما يُنْقَلُ نَقْلُه . وجزَم به فى « التَّلْخيصِ » ، إلَّا ما اسْتَثْناه فيه ، وفى « التَّرغِيبِ » ، فقال : إلَّا فى رُكُوبِه دابَّةً ، وجُلُوسِه على فِراشٍ ، فإنَّه غاصِبٌ . وأطْلَق الوَجْهَيْن فى « الرِّعايَةِ » ، وقال : ومَن رَكِبَ دابَّتَه ، أو جلَس على فِراشِه ، أو سَرِيرِه قَهْرًا ،

---

(١) فى م : « شيئًا » .

الشرح الكبير

شِبْرًا مِنْ الأَرْضِ »(1) . فأخْبَرَ النبيُّ ﷺ أنَّه يُغْصَبُ ويُظْلَمُ فيه . ولأنَّ ما ضُمِنَ فى البيعِ ، وَجَبَ ضَمانُه فى الغَصْبِ ، كالمَنْقُولِ ، ولأنَّه يُمْكِنُ الاسْتِيلاءُ عليه على وَجْهٍ يَحُولُ بينَه وبينَ مالِكِه ، مثلَ أن يَسْكُنَ الدّارَ ويَمْنَعَ مالِكَها مِن دُخُولِها ، فأشْبَه ما لو أخَذَ الدّابَّةَ والمتاعَ . [٢٦٤/٤و] وأمَّا إذا حال بينَه وبينَ متاعِه ، (2فما اسْتَوْلَى2) على مالِه ، فنَظِيرُه هٰهُنا أن يَحْبِسَ المالِكَ ، ولا يَسْتَوْلِيَ على دارِه . وأمَّا ما تَلِفَ مِن الأرضِ بفِعْلِه أو بسببِ فِعْلِه ، كهَدْمِ حيطانِها وتَغْرِيقِها ، وكَشْطِ تُرابِها وإلقاءِ الحجارةِ فيها ، أو نَقْصٍ يَحْصُلُ بغِراسِه أو بنائِه ، فيَضْمَنُه بغيرِ خلافٍ بينَ العلماءِ ؛ لأنَّ هذا إتْلافٌ ، والعَقارُ يُضْمَنُ بالإتْلافِ ، مِن غيرِ اخْتِلافٍ .

فصل : ولا يَحْصُلُ الغَصْبُ مِن غيرِ استيلاءٍ ، فلو دَخَل أرضَ إنسانٍ أو دارَه ، لم يَضْمَنْها بدُخُولِه ، سواءٌ دَخلَها بإذْنِه أو غيرِ إذْنِه ، وسواءٌ

الإنصاف

فهو غاصِبٌ . الثّانيةُ ، قال فى « القاعِدَةِ الحادِيَةِ والتِّسْعِين » : مِنَ الأصحابِ مَن قال : مَنْفَعَةُ البُضْعِ لا تدْخُلُ تحتَ اليَدِ . وبه جزَم القاضى فى « خِلافِه » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « تذْكِرَتِه » ، وغيرُهما ، وفرَّعُوا عليه صِحَّةَ تَزْوِيجِ الأمَةِ المَغْصُوبَةِ ، وأنَّ الغاصِبَ لا يضْمَنُ مَهْرَها ، ولو حبَسَها عنِ النِّكاحِ حتى فاتَ بالكِبَرِ ، وخالَفَ ابنُ المَنِّىِّ ، وجزَم فى « تَعْليقِه » بضَمانِ مَهْرِ الأمَةِ بتَفْويتِ النِّكاحِ ، وذكَر فى الحُرَّةِ ترَدُّدًا ؛ لامْتِناعِ ثُبوتِ اليَدِ عليها .

---

(1) أخرجه الطبرانى من حديث وائل بن حجر ، بلفظ : « من غصب رجلا أرضا ظلما لقى الله تعالى وهو عليه غضبان » . المعجم الكبير ١٨/٢٢ .

(٢ - ٢) فى تش ، م : « واستولى » . وفى الأصل ، ر ١ : « فاستولى » .

المقنع

وَإِنْ غَصَبَ كَلْبًا فِيهِ نَفْعٌ ، أَوْ خَمْرَ ذِمِّيٍّ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ . وَإِنْ أَتْلَفَهُ لَمْ تَلْزَمْهُ قِيمَتُهُ .

الشرح الكبير

كان صاحِبُها فيها أو لم يكنْ . وقال (١ بعضُ الشافِعيَّةِ ١) : إن دَخَلَها بغيرِ إذْنِه ، و لم يكنْ صاحِبُها فيها ، ضَمِنَها ، سواءٌ قَصَد ذلك ، أو ظَنَّ أنَّها دارُه أو دارٌ أُذِنَ له فى دُخُولِها ؛ لأنَّ يَدَ الداخِلِ تَثْبُتُ عليها بذلك ، فيصيرُ غاصبًا ، فإنَّ الغَصْبَ إثْباتُ اليَدِ العادِيَةِ ، وهذا قد ثَبَتَت يَدُه ، بدليلِ أنَّهما لو تنازعا فى الدارِ ، ولا بَيِّنَةَ ، حُكِمَ بها لِمَن هو فيها دُونَ الخارجِ منها . ولنا ، أنَّه غيرُ مُسْتَوْلٍ عليها ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو دَخَلَها بإذْنِه ، أو دَخَل صَحْراءَه[٢] ، ولأنَّه إنَّما يَضْمَنُ بالغَصْبِ ما يَضْمَنُه فى العارِيَّةِ ، وهذا لا تَثْبُتُ به العارِيَّةُ ، ولا يَجِبُ به الضمانُ فيها ، فكذلك لا يَثْبُتُ به الغَصْبُ إذا كان بغيرِ إذْنٍ .

٢٢٨٨ – مسألة : (وإن غَصَب كَلْبًا فيه نَفْعٌ ، أو خَمْرَ ذِمِّيٍّ ، لَزِمَه رَدُّهما) إذا غَصَب كَلْبًا يَجُوزُ اقْتِناؤُه ، وَجَب رَدُّه ؛ لأنَّه يَجُوزُ الانْتِفاعُ به واقْتِناؤُه ، فأشْبَهَ المالَ . وإن أتْلَفَه ، لم يَغْرَمْه . وفيه اخْتِلافٌ ذكرناه

الإنصاف

قوله : وإنْ غَصَبَ كَلْبًا فيه نَفْعٌ ، أو خَمْرَ ذِمِّيٍّ ، لَزِمَه رَدُّه . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وذكَر فى « الانْتِصارِ » : لا يُرَدُّ الخَمْرُ ، وتَلْزَمُ إراقَتُها إنْ حُدَّ ، وإلَّا لَزِمَه تَرْكُه ، وعليهما يُخَرَّجُ تَعْذيرُ مُرِيقِه . وقال فى « القواعِدِ الأُصوليَّةِ » : لو غصَبَ مُسْلِمٌ

(١ – ١) فى م : « أصحاب الشافعى » .

(٢) فى تش ، م : « صحراة له » .

الشرح الكبير

فى البَيْعِ ، وهو مَبْنِيٌّ على جوازِ بَيْعِه . وإن حَبَسَه مُدَّةً ، لم يَلْزَمْه أَجْرٌ ؛ لأنَّه لا تَجُوزُ (١)إجارَتُه . وقد ذَكَرْناه فى بابِ الإجارَةِ(١) . وإن غَصَب خَمْرَ ذِمِّيٍّ ، لَزِمَه رَدُّها ؛ لأنَّه يُقَرُّ على شُرْبِها (فإن أتْلَفَه ، لم تَلْزَمْه قِيمَتُه) سواءٌ أتْلَفَه مُسْلِمٌ أو ذِمِّيٌّ ، وسَواءٌ كان لمُسْلِمٍ أو ذِمِّيٍّ . نَصَّ عليه أحمدُ فى رِوايَةِ أبى الحارِثِ ، فى الرَّجُلِ يُهَرِيقُ مُسْكِرًا لمُسْلمٍ أو لذِمِّيٍّ ، فلا ضَمانَ عليه . وكذلك الخِنْزِيرُ . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ : يَجِب(٢) ضَمانُ الخَمْرِ والخِنْزِيرِ إذا أتْلَفَهُما على ذِمِّيٍّ . قال أبو حنيفةَ : إن كان مُسْلِمًا بالقِيمَةِ ، وإن كان ذِمِّيًّا بالمِثْلِ ؛ لأنَّ عَقْدَ الذِّمَّةِ إذا عَصَم عَيْنًا قَوَّمَها ، كنَفْسِ الذِّمِّيِّ ، وقد عَصَمَ خَمْرَ الذِّمِّيِّ ، بدَلِيلِ أنَّ المُسْلِمَ يُمْنَعُ مِن إتْلافِها ، فيَجِبُ أن يُقَوِّمَها ، ولأنَّها مالٌ لهم يتَمَوَّلُونَها ؛ لِما رُوِىَ عن عُمَرَ ، رضى اللهُ عنه ، أنَّ عامِلَه كَتَب إليه : إنَّ أهْلَ الذِّمَّةِ

الإنصاف

خَمْرَةَ ذِمِّيٍّ ، انْبَنَى وُجوبُ رَدِّها على مِلْكِها لهم ، وفيه رِوايَتان . حكاهما القاضى يَعْقُوبُ وغيرُه ؛ إحْداهما ، يَمْلِكُونها ، فيَجِبُ الرَّدُّ . هذا قَوْلُ جُمْهورِ أصحابنا . والثَّانيةُ ، لا يَمْلِكُونها ، فيَنْبَغِى وُجوبُ الرَّدِّ ، وقد يُقالُ : لا يجِبُ . واتَّفقَ الأصحابُ على إراقَتِها ، إذا أظْهَرَها ، ولو أتْلفَها ، لم يَضْمَنْها ، عندَ الجُمْهورِ . وخرَّج أبو الخَطَّابِ وَجْهًا بضَمانِ قِيمَتِها ، إذا قلْنا : إنَّها مالٌ لهم . وأبَاه الأكْثَرون . وحُكِىَ لنا قَوْلٌ : يَضْمَنُها الذِّمِّيُّ للذِّمِّيِّ . وقال فى « التَّرْغيبِ » ، و « عُيونِ المَسائلِ » ، وغيرِهما : يَرُدُّ الخَمْرَ المُحْتَرَمَةَ ، ويَرُدُّ ما تَخلَّلَ بيَدِه ، إلَّا

(١ - ١) سقط من : م .
(٢) فى الأصل : « يجوز » .

الشرح الكبير

يَمُرُّونَ بالعاشِرِ[1] ومَعَهُم الخُمُورُ . فكَتَبَ إليه عمرُ : وَلُّوهُمْ بَيْعَها ، وخُذُوا منهم عُشْرَ ثَمَنِها . فإذا كانت مالًا لهم ، وَجَب ضَمانُها ، كسائِرِ أَمْوالِهم . ولَنا ، ما روَى جابرٌ ، أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « أَلَا إنَّ اللهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الخَمْرِ والمَيْتَةِ وَالخِنْزِيرِ وَالأَصْنَامِ » . مُتَّفَقٌ [2]على صِحَّتِه[2] . وما حَرُمَ بَيْعُه لا لحُرْمَتِه ، لم تَجِبْ قِيمَتُه ، كالمَيْتَةِ ، ولأنَّ ما لم يَكُنْ مَضْمُونًا فى حَقِّ المُسْلِمِ ، لا يكونُ مَضْمُونًا فى حَقِّ الذِّمِّىِّ ، كالمُرْتَدِّ ، ولأنَّها غيرُ مُتَقَوَّمَةٍ[3] ، فلا تُضْمَنُ ، كالمَيْتَةِ ، ودَلِيلُ أنَّها غيرُ مُتَقَوَّمَةٍ ، [4]أنَّها غيرُ مُتَقَوَّمَةٍ[4] فى حَقِّ المسلمِ ، فكذلك فى حَقِّ الذِّمِّىِّ ، فإنَّ تحْرِيمَها ثَبَت فى حَقِّهِما ، وخِطابُ النَّواهِى يَتَوَجَّهُ إليهما ، فما ثَبَت فى حَقِّ أحَدِهما ، ثَبَت فى حَقِّ الآخَرِ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّها مَعْصُومَةٌ ، بل متى أُظْهِرَتْ حَلَّتْ إراقَتُها ، ثم لو عَصَمَها ما لَزِمَ تَقْوِيمُها ؛ فإنَّ نِساءَ أهْلِ الحَرْبِ وصِبْيانَهم مَعْصُومُونَ غيرُ مُتَقَوَّمِينَ . وقولُهم : إنَّها مالٌ عندَهم .

الإنصاف

ما أُرِيقَ ، فجمَعَه آخَرُ فتَخَلَّلَ ؛ لزَوالِ يَدِه هنا . وتقدَّم فى أوَّلِ بابِ إزالَةِ النَّجاسَةِ أنَّ الصَّحيحَ أنَّ لنا خَمْرًا مُحْتَرَمَةً ؛ وهى خَمْرَةُ الخَلَّالِ . ويأْتِى فى حدِّ المُسْكِرِ ، هل يُحَدُّ الذِّمِّىُّ بشُرْبِها ؟ فى كلامِ المُصَنِّفِ .

---

(1) العاشر : عامل الزكاة الذى يقدر العشر .
وتقدم تخريج الأثر فى ١٠/٤٣٠ .
(2) فى م ، تش : « عليه » . والحديث تقدم تخريجه فى ٢/٣٠٧ حاشية (٢) .
(3) فى الأصل : « مضمونة » .
(4 - 4) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير [٢٦٤/٤ظ] يَنْتَقِضُ بالعَبْدِ المُرْتَدِّ ، فإنَّه مالٌ عندَهم . فأمَّا حديثُ عمرَ ، فمَحْمُولٌ على أنَّه أرادَ تَرْكَ التَّعَرُّضِ لهم ، وإنَّما أمَرَ بأخْذِ عُشْرِ أثْمانِها ؛ لأنَّهم إذا تَبايَعُوا وتَقابَضُوا ، حَكَمْنا لهم بالمِلْكِ[1] ولم نَنْقُضْه ، وتَسْمِيَتُها أثْمانًا مَجازٌ ، كما سَمَّى اللهُ تعالى ثَمَنَ يُوسفَ ثَمَنًا ، فقال : ﴿ وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ ﴾[2] .

الإنصاف **تنبيهان** ؛ أحدُهما ، محَلُّ الخِلافِ إذا كانتْ مَسْتُورَةً ، فأمَّا إذا لم تكُنْ مَسْتُورَةً ، فلا يَلْزَمُه رَدُّها ، قوْلًا واحدًا . الثَّانى ، ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّه لو غصَب خَمْرَ مُسْلِمٍ ، لا يَلْزَمُه رَدُّه . وهو صحيحٌ ، لكِنْ لو تخَلَّلَتْ فى يَدِ الغاصِبِ ، وجَب ردُّها . ذكَرَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والأصحابُ ؛ لأنَّ يَدَ الأوَّلِ لم تَزُلْ عنها بالغَصْبِ ، فكأنَّما تخَلَّلَتْ فى يَدِه . قالَه فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ والثَّمانِين » ، وقال : واخْتَلَفَتْ عِباراتُ الأصحابِ فى زَوالِ المِلْكِ بمُجَرَّدِ التَّخْمِيرِ ، فأطْلَقَ الأكْثَرون ، الزَّوالَ ؛ منهم القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وظاهِرُ كلامِ بعضِهم ، أنَّ المِلْكَ لم يَزُلْ ؛ منهم صاحِبُ « المُغْنِى » ، فى كتابِ الحَجِّ ، وفى كلامِ القاضى ما يدُلُّ عليه . وبكُلِّ حالٍ لو عادَ خَلًّا ، عادَ المِلْكُ الأوَّلُ بحُقوقِه ، مِن ثُبوتِ الرَّهْنِيَّةِ وغيرِها ، حتى لو خلَّفَ خَمْرًا ودَيْنًا ، فتخَلَّلَتْ ، قُضِىَ منه دَيْنُه . ذكَرَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، فى الرَّهْنِ . انتهى .

قوله : وإنْ أتْلَفَه ، لم يَلْزَمْه قِيمَتُه . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وعنه ، يَلْزَمُه قِيمَةُ الخَمْرِ . وخُرِّجَ ، يضْمَنُها الذِّمِّىُّ بمِثْلِها . قال فى « الفُروعِ » : وعنه ، يَرُدُّ

---

(١) فى الأصل : « بذلك » .

(٢) سورة يوسف ٢٠ .

المقنع

وَإِنْ غَصَبَ جِلْدَ مَيْتَةٍ ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ رَدُّهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

فصل : فإن غَصَب مِن مُسْلِمٍ خَمْرًا ، حُرِّمَ رَدُّها ، ووَجَبَتْ إراقَتُها ؛ لأنَّ أبا طَلْحَةَ سَأَلَ رسولَ اللهِ ﷺ عن أَيْتامٍ وَرِثُوا خَمْرًا ، فأَمَرَه بإرَاقَتِها[1] . وإن أَتْلَفَها أو تَلِفَتْ عندَه ، لم يَجِبْ ضَمانُها ؛ لما رَوَى ابنُ عباسٍ ، عن النبيِّ ﷺ أنَّه قال : « إنَّ اللهَ إذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَه »[2] . ولأنَّ ما حُرِّمَ الانْتِفاعُ به ، لم يَجِبْ ضَمانُه ، كالمَيْتَةِ والدَّمِ . فإن أمْسَكَها حتى صارتْ خَلًّا ، لَزِمَه رَدُّها ؛ لأنَّها صارتْ خَلًّا على حُكْمِ مِلْكِه ، فلَزِمَ رَدُّها . فإن تَلِفَتْ ، ضَمِنَها له ؛ لأنَّها مالُ المَغْصُوبِ منه تَلِفَ فى يَدِ الغاصِبِ . فإن أَرَاقَها ، فجَمَعَها إنْسانٌ فتَخَلَّلَتْ عندَه [3] لم يَلْزَمْه[3] رَدُّ الخَلِّ ؛ لأنَّه أخَذَها بعدَ إتْلافِها وزَوَالِ اليَدِ عنها .

٢٢٨٩ - مسألة : (وإن غَصَب جِلْدَ مَيْتَةٍ ، فهل يَجِبُ رَدُّه ؟ على

الإنصاف

قِيمَتَها . وقيل : ذِمِّيٌّ . وقال فى « الإيضاحِ » : يَضْمَنُ الكَلْبَ . ويأْتِى قريبًا إذا صادَ بالكَلْبِ ، وغيرِه مِنَ الجَوارِحِ ، هل يَرُدُّ الصَّيْدَ ، وتَلْزَمُه الأُجْرَةُ أيضًا ، أم لا ؟ فى كلامِ المُصَنِّفِ . وتقدَّم أوَّلَ الضَّمانِ ، إذا أَسْلَمَ المَضْمُونُ له ، أوِ المَضْمُونُ عنه ، هل يَسْقُطُ الدَّيْنُ إذا كان خَمْرًا ؟

قوله : وإنْ غصَب جِلْدَ مَيْتَةٍ ، فهل يَلْزَمُه رَدُّه ؟ على وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ،

---

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى الخمر تخلل ، من كتاب الأشربة . سنن أبى داود ٢/٢٩٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/١١٩ ، ١٨٠ ، ٢٦٠ .

(٢) تقدم تخريجه فى ١١/٥٠ .

(٣ - ٣) سقط من : م .

المقنع فَإِنْ دَبَغَهُ ، وَقُلْنَا بِطَهَارَتِهِ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ .

الشرح الكبير وَجْهَيْن) بناءً على طهارَتِه بالدِّبَاغِ ، (1)وفيه رِوايَتان(1) ، فمَن قال بطَهَارَتِه ، أَوْجَبَ رَدَّهُ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ إصْلاحُه ، فهو كالثَّوْبِ النَّجِس . ومَن قال : لا يَطْهُرُ . لم يُوجِبْ رَدَّه ؛ لأنَّه لا سَبِيلَ إلى إصْلاحِه . وإن أتْلَفَه أو أتْلفَ مَيْتَةً بجِلْدِها ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّه لا قِيمَةَ له ، بدَلِيلِ أنَّه لا يَحِلُّ بَيْعُه .

٢٢٩٠ – مسألة : (وإن دَبَغَه ، وقُلْنا بطَهَارَتِه ، لَزِمَه رَدُّه)

الإنصاف و « الهادِى » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » [٢/١٨٦و] ، و « الحاوِى » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم ، وهما مَبْنِيَّان على طَهارَتِه بالدَّبْغِ وعَدَمِها ؛ فإنْ قُلْنا : يَطْهُرُ بالدَّبْغِ . وَجَب رَدُّه . وإنْ قُلْنا : لا يَطْهُرُ بالدَّبْغِ . لم يجِبْ رَدُّه . وقد عَلِمْتَ أنَّ المذهبَ ، لا يَطْهُرُ بدَبْغِه ، فلا يجِبُ رَدُّه هنا . هذا هو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « ابنِ مُنَجَّى » ، وغيرِهم . وقدَّم هذه الطَّرِيقةَ فى « الكافِى » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، وغيرِهما . وقيل : لا يجِبُ ردُّه(2) ، ولو قُلْنا : يَطْهُرُ بالدَّبْغِ . وقال فى « الفُروعِ » : وفى رَدِّ جِلْدِ مَيْتَةٍ وَجْهانِ ، وقيل : ولو طَهُرَ . فظاهِرُه ، أنَّ المُقَدَّمَ عندَه ، أنَّ الخِلافَ على القَوْلِ بعدَمِ الطَّهارَةِ .

قوله : فإنْ دبَغَه ، وقُلْنا بطَهارَتِه ، لَزِمَه رَدُّه . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفُروعِ » ،

(١ – ١) سقط من : تش ، م .

(٢) فى الأصل ، ط : « ردها » .

المقنع

وَإِنِ اسْتَوْلَى عَلَى حُرٍّ ، لَمْ يَضْمَنْهُ بِذَلِكَ ، ....

الشرح الكبير

كالخَمْرِ إذا تَخَلَّلتْ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَجِبَ رَدُّه ؛ لأنَّه صارَ مالًا بفِعْلِه ، بخِلافِ الخَمْرِ . وإن قلنا : لا يَطْهُرُ . لم يَجِبْ رَدُّه ؛ لأنَّه لا يُباحُ الانْتِفاعُ به . ويَحْتَمِلُ أن يَجِبَ رَدُّه إذا قلنا : يُبَاحُ الانْتِفاعُ به فى اليابِساتِ . لأنَّه نَجِسٌ يُباحُ الانْتِفاعُ به ، أشْبَهَ الكَلْبَ ، وكذلك قبلَ الدَّبْغِ .

٢٢٩١ - مسألة : (وإنِ اسْتَوْلَى على حُرٍّ ، لم يَضْمَنْه بذلك) لا

الإنصاف

و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وجزَم به ابنُ مُنَجَّى ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرُهم . وقيل : لا يَلْزَمُه رَدُّه ؛ لصَيْرُورَتِه مالًا بفِعْلِه ، بخِلافِ الخَمْرَةِ المُتَخَلِّلَةِ . وهو احْتِمالٌ للمُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ . قال الحارِثِىُّ : وفى هذا الفَرْقِ بَحْثٌ . وأطْلَقَ فى « الفُروعِ » ، فى لُزومِ ردِّه ، إذا دبَغَه الغاصِبُ وَجْهَيْن . قال الحارِثِىُّ : وإنْ كان الغاصِبُ دبَغَه ، ففى رَدِّه الوَجْهان المَبْنِيَّان . وإنْ قُلْنا : لا يَطْهُرُ . لم يجِبْ ردُّه ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقيل : يجِبُ ردُّه ، إذا قُلْنا : يُباحُ الانْتِفاعُ به فى اليابِساتِ . وكذلك قبلَ الدَّبْغِ . وجزَم به الحارِثِىُّ فى « شَرْحِه » . وظاهرُ « الفُروعِ » إطْلاقُ الخِلافِ ، كما تقدَّم . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وإنْ غصَب جِلْدَ مَيْتَةٍ ، فأَوْجُهٌ ؛ الرَّدُّ ، وعدَمُه ، والثَّالثُ ، إنْ قلْنا : يَطْهُرُ بدَبْغِه ، أو يُنْتفَعُ به فى يابِسٍ . ردَّه ، وإلَّا فلا ، وإنْ أتْلَفَه ، فهَدَرٌ ، وإنْ دَبَغَه ، وقُلْنا : يَطْهُرُ . ردَّه . انتهى .

قوله : وإنِ اسْتَوْلَى على حُرٍّ ، لم يَضْمَنْه بذلك . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . قال فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : ولا يُضْمَنُ حُرٌّ بغَصْبِه فى الأصحِّ . قال الحارِثِىُّ : هذا

المقنع إِلَّا أَنْ يَكُونَ صَغِيرًا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَضْمَنُهُ . فَهَلْ يَضْمَنُ ثِيَابَهُ وَحَلْيَهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير يَثْبُتُ الغَصْبُ فيما ليس بمالٍ ، كالحُرِّ ؛ فإنَّه لا يُضْمَنُ بالغَصْبِ ، إنَّما يُضْمَنُ بالإتْلافِ ، فإن حَبَس حُرًّا فماتَ عندَه ، لم يَضْمَنْه ؛ لأَنَّه ليس بمالٍ .

٢٢٩٢ – مسألة[1] : (إِلَّا أن يكونَ صَغِيرًا ، ففيه وَجهانِ) أَحَدُهما ، لا يَضْمَنُه ؛ لأَنَّه حُرٌّ ، أَشْبَهَ الكَبِيرَ . وهذا مَذْهَبُ الشافعيِّ . والثاني ، يَضْمَنُه ؛ لأَنَّه يُمْكِنُ الاسْتِيلاءُ عليه مِن غيرِ مُمانَعَةٍ منه ، أشْبَهَ العَبْدَ الصَّغِيرَ (فإن قُلْنا : لا يَضْمَنُه . فهل يَضْمَنُ ثِيابَه وحَلْيَه ؟ على وَجْهَيْنِ) أحَدُهما ، لا يَضْمَنُه ؛ لأَنَّه تَبَعٌ له ، وهو تحت يَدِه ، أَشْبَهَ ثِيابَ الكبيرِ . والثاني ، يَضْمَنُه ؛ لأَنَّه اسْتَوْلَى عليه ، أَشْبَهَ ما لو كان مُنْفَرِدًا .

الإنصاف المذهبُ ، وعليه جمهورُ الأصحابِ ؛ لأَنَّ اليَدَ لا يَثْبُتُ حُكْمُها على الحُرِّ . وفى « التَّلْخيصِ » وَجْهٌ بثُبوتِ اليَدِ عليه . وبنى على هذا ، هل لمُسْتأْجِرِ الحُرِّ إيجارُه مِن آخَرَ ؟ إنْ قيلَ بعَدَمِ الثُّبوتِ ، امْتنَعَ الإيجارُ ، وإنَّما هو يُسْلِمُ نفْسَه ، وإلَّا فلا يَمْتَنِعُ . فعلى المذهبِ ، لو غصَبَ دابَّةً عليها مالِكُها ومَتاعُه ، لم يَضْمَنْ ذلك الغاصِبُ . قالَه القاضى فى « الخِلافِ الكَبيرِ » . واقْتَصرَ عليه فى « القاعِدَةِ الثَّانِيَةِ والتِّسْعِين » .

قوله : إِلَّا أَنْ يَكونَ صَغِيرًا ، ففيه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ،

---

(١) سقط من : تش ، م .

المقنع

وَإِنِ اسْتَعْمَلَ الْحُرَّ كَرْهًا ، فَعَلَيْهِ أُجْرَتُهُ ،..................

الشرح الكبير

٢٢٩٣ – مسألة : (وإنِ اسْتَعْمَلَ الحُرَّ كَرْهًا ، فعليه أُجْرَتُه) لأنَّه اسْتَوْفَى مَنافِعَه ، وهى مُتَقَوِّمَةٌ ، فلَزِمَه ضَمانُها ، كمَنافِعِ العَبْدِ .

الإنصاف

و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحارِثِىِّ » ؛ أحدُهما ، لا يَضْمَنُه . وهو المذهبُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، وغيرِهما . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وهو ظاهرُ ما قطَع به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . والوَجْهُ الثَّانى ، يَضْمَنُه . قدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وقدَّم فى « النَّظْمِ » ، أنَّ الصَّغِيرَ لو لُدِغَ أو صُعِقَ ، وُجوبَ الدِّيَةِ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : لا تجِبُ ، كما لو مَرِضَ ، على الصَّحيحِ . ويأْتِى هذا فى أوائلِ كِتابِ الدِّياتِ ، فى كلامِ المُصَنِّفِ . فعلى المذهبِ ، هل يَضْمَنُ ثِيابَه وحِلْيَتَه ؟ على الوَجْهَيْن . وأطْلَقهما فى « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ؛ أحدُهما ، يَضْمَنُها . صحَّحه فى « التَّصحيحِ » ، و « الفائقِ » . قال الحارِثِىُّ : وهو أصحُّ . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يضْمَنُها . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الوَجيزِ » .

فائدة : وكذا الحُكْمُ والخِلافُ فى أُجْرَتِه مُدَّةَ حَبْسِه ، على ما يأْتِى ، وإيجارِ المُسْتأْجِرِ له . قالَه فى « الفُروعِ » . (١)وجزَم فى « الوَجيزِ » هنا بوُجُوبِ الأُجْرَةِ(١) .

قوله : وإنِ اسْتَعْمَلَ الحُرَّ كَرْهًا ، فعليه أُجْرَتُه . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَعُوا به . ولو منَعَه العمَلَ مِن غيرِ حَبْسٍ ، ولو عَبْدًا ، لم يَلْزَمْه أُجْرَتُه . جزَم به

(١ – ١) زيادة من : ا .

المقنع

وَإِنْ حَبَسَهُ مُدَّةً ، فَهَلْ تَلْزَمُهُ أُجْرَتُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٢٩٤ – (١)مسألة : (وإن حَبَسَه مُدَّةً ، فهل تَلْزَمُه أُجْرَتُه ؟ على وَجْهَيْن)(١) إذا حَبَسَه مُدَّةً لمِثْلِها أُجْرَةٌ ، ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، يَلْزَمُه أَجْرُ تلك المُدَّةِ ؛ لأنَّه فَوَّتَ مَنْفَعَتَه ، وهى مالٌ يَجُوزُ أَخْذُ العِوَضِ عنها ،

الإنصاف

فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ ، بلَى فيهما . قلتُ : وهو الصَّوابُ ، وهو فى العَبْدِ آكَدُ . وقال فى « التَّرْغيبِ » : فى مَنْفَعَةِ حُرٍّ وَجْهان . وقال فى « الانْتِصارِ » : لا يَلْزَمُه بإمْساكِه ؛ لأنَّ الحُرَّ فى يَدِ نَفْسِه ، ومَنافِعُه تَلِفَتْ معه ، كما لا يضْمَنُ نفْسَه وثَوْبَه الذى عليه ، بخِلافِ العَبْدِ . وكذا قال فى « عُيونِ المَسائلِ » : لا يَضْمَنُه إذا أمْسَكَه ؛ لأنَّ الحُرَّ فى يَدِ نَفْسِه ، ومَنافِعُه تَلِفَتْ معه ، كما لا يَضْمَنُ نفْسَه وثَوْبَه الذى عليه ، بخِلافِ العَبْدِ ؛ فإنَّ يَدَ الغاصِبِ ثابِتَةٌ عليه ، ومَنْفَعَتُه بمَنْزِلَتِه .

قوله : وإنْ حبَسَه مُدَّةً ، فهل تَلْزَمُه أُجْرَتُه ؟ على وَجْهَيْن . وهما احْتِمالان فى « الهِدايَةِ » ، وأطْلَقهما فيها ، وفى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، [٢/١٨٦ ظ] و « الكافِى » ، و « الهادِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ؛ أحدُهما ، تَلْزَمُه . وهو الصَّحيحُ ، صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا تَلْزَمُه . صحَّحه النَّاظِمُ . قال الحارِثِيُّ : وهو الأصحُّ ، وعليه دَلَّ نصُّه . وتقدَّم فى التى قبلَها ما يُسْتَأْنَسُ به فى هذه المَسْأَلَةِ .

(١ – ١) سقط من : تش ، م .

المقنع

فَصْلٌ : وَيَلْزَمُهُ رَدُّ الْمَغْصُوبِ إِنْ قَدَرَ عَلَى رَدِّهِ ، وَإِنْ غَرِمَ عَلَيْهِ أَضْعَافَ قِيمَتِهِ .

الشرح الكبير

فضُمِنَتْ بالغَصْبِ ، كمنافِعِ العَبْدِ . والثانى ، لا يَلْزَمُه أجْرُ تلك المُدَّةِ ؛ لأنَّها تابِعَةٌ لما لا يَصِحُّ غَصْبُه ، فأشْبَهَتْ ثِيابَه إذا بَلِيَتْ عليه ، وأطْرافَه ، ولأنَّها تَلِفَتْ تحتَ يَدَيْه ، فلم يَجِبْ ضَمانُها ، كما ذَكَرْنا . ولو مَنَعَه العَمَلَ مِن غيرِ حَبْسٍ لم يَضْمَنْ منافِعَه ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّه لو فَعَلَ ذلك بالعَبْدِ لم يَضْمَنْ مَنافِعَه ، فالحُرُّ أَوْلَى . ولو حَبَسَ الحُرَّ وعليه ثِيابٌ ، لم يَلْزَمْه ضَمانُها ؛ لأنَّها تابِعَةٌ لما لم تَثْبُتِ اليَدُ عليه فى الغَصْبِ . وهذا كلُّه مَذْهَبُ الشافِعِىِّ .

فصل : وقال الشيخُ ، رَحِمَه اللهُ : (ويَلْزَمُه [٢٦٥/٤و] رَدُّ المَغْصُوبِ إن قَدَر على رَدِّه ، وإن غَرِم عليه أضْعافَ قِيمَتِه) (١ وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ المَغْصُوبَ متى كان باقِيًا وَجَب رَدُّه ١) ؛ لقَوْلِ رسولِ اللهِ ﷺ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّهُ[٢] » . رَواه أبو داودَ ، وابنُ ماجَه ، والتِّرْمِذِىُّ[٣] . وقال : حَديثٌ حَسَنٌ . ورَوَى عبدُ اللهِ بنُ السّائِبِ ، عن أبِيه ، عن جَدِّه ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَا يَأْخُذْ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ صَاحِبِه لَاعِبًا جادًّا[٤] ، وَمَنْ أَخَذَ عَصَا أَخِيهِ فَلْيَرُدَّهَا » . رَواه أبو

الإنصاف

....

(١ - ١) فى تش ، م : « إذا كان باقيا » .

(٢) فى مصادر التخريج : « تؤديه » .

(٣) تقدم تخريجه فى ١٤/ ٩٠ .

(٤) فى الأصل وسنن أبى داود : « ولا جادا » .

الشرح الكبير

داودَ[1] . يَعْنِى أنَّه يَقْصِدُ المَزْحَ مع صاحِبِه بأَخْذِ مَتاعِه ، وهو جادٌّ فى إدْخالِ الغَمِّ والغَيْظِ عليه . ولأنَّه أزالَ يَدَ المالِكِ عن مِلْكِه بغيرِ حَقٍّ ، فلَزِمَتْه إعادَتُها . وأجْمَعَ العُلَماءُ على وُجُوبِ رَدِّ المَغْصُوبِ إذا كان بحالِه لم يتَغَيَّرْ ، ولم يَشْتَغِلْ بغيرِه .

فصل : فإن غَصَبَ شيئًا فبَعَّدَه ، لَزِم رَدُّه وإن غَرِم عليه أَضْعافَ قِيمَتِه ؛ لأنَّه جَنَى بتَبْعِيدِه ، فكان ضَرَرُ ذلك عليه . فإن قال الغاصِبُ : خُذْ مِنِّى أجْرَ رَدِّه وتَسَلَّمْه مِنِّى هٰهُنا . أو بَذَلَ له أكْثَرَ مِن قِيمَتِه ولا يَسْتَرِدُّه ، لم يَلْزَمِ المالِكَ قَبُولُ ذلك ؛ لأنَّها مُعاوَضَةٌ ، فلا يُجْبَرُ عليها ، كالبَيْعِ . وإن قال المالِكُ : دَعْهُ لى فى مَكانِه الذى نَقَلْتَه إليه . لم يَمْلِكِ الغاصِبُ رَدَّه ؛ لأنَّه أَسْقَطَ عنه حَقًّا ، فسَقَطَ وإن لم يَقْبَلْه ، كما لو أبْرَأَه مِن دَيْنِه . وإن قال : رُدَّه لى إلى بعضِ الطَّرِيقِ . لَزِمَه ؛ لأنَّه يَلْزَمُه جَمِيعُ المَسافَةِ ، فلَزِمَه بعضُها المَطْلُوبُ ، وسَقَطَ عنه ما أَسْقَطَه ، كما لو أسْقَطَ عنه بعضَ دَيْنِه . وإن طَلَبَ منه حَمْلَه إلى مَكانٍ آخَرَ فى غيرِ طَرِيقِ الرَّدِّ ، لم يَلْزَمِ الغاصِبَ ذلك ، سَواءٌ كان أقْرَبَ مِن المكانِ الذى يَلْزَمُه رَدُّه إليه أَوْ لا ؛ لأنَّه مُعاوَضَةٌ . وإن قال : دَعْهُ فى مَكانِه وأعْطِنِى أُجْرَ رَدِّه . لم يَلْزَمْه ذلك ، ومهما اتَّفقا عليه مِن ذلك جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، لا يَخْرُجُ عنهما .

الإنصاف ....

---

(1) فى : باب من يأخذ الشيء على المزاح ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٥٩٧/٢ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروع مسلما ، من أبواب الفتن . عارضة الأحوذى ٥/٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٢١/٤ .

المقنع

وَإِنْ خَلَطَهُ بِمَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، [١٣٧ظ] لَزِمَهُ تَخْلِيصُهُ وَرَدُّهُ . وَإِنْ بَنَى عَلَيْهِ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ بَلِيَ .

الشرح الكبير

٢٢٩٥ - مسألة : (وإن خَلَطَه بما يَتَمَيَّزُ منه ، لَزِمَه تَخْلِيصُه ورَدُّه) مثلَ أن يَخْلِطَ حِنْطَةً بشَعِيرٍ أو بسِمْسِمٍ ، أو صِغارَ الحَبِّ بكِبارِه ، أو زَبِيبًا أَسْوَدَ بأحْمَرَ ؛ لِما ذكَرْنا . وأُجْرُ المُمَيِّزِ عليه ، كأُجْرِ رَدِّه إذا بعَّدَه . وإن أمْكَنَ تَمْيِيزُ بعضِه وَجَب تَمْيِيزُ ما أمْكَنَ منه ، وإن لم يُمْكِنْ تَمْيِيزُ شيءٍ منه ، فسَنَذْكُرُه ، إن شاء اللهُ تعالى .

٢٢٩٦ - مسألة : (وإن بَنَى عليه ، لَزِمَه رَدُّه ، إلَّا أن يكونَ قد بَلِيَ) إذا غَصَب شيئًا فشَغَلَه بمِلْكِه ؛ كحَجَرٍ بَنَى عليه ، أو خَيْطٍ خاطَ به ثَوْبَه ، أو نحوِه ، فإن بَلِيَ الخَيْطُ أو انْكَسَرَ الحَجَرُ ، أو كان مَكانَه خَشَبَةٌ فتَلِفَتْ ، لم يَجِبْ رَدُّه ، ووَجَبَتْ قِيمَتُه ؛ لأنَّه صار هالكًا ، فوَجَبَتْ قِيمَتُه ، كما لو تَلِفَ . وإن كان باقِيًا بحالِه ، لَزِمَه رَدُّه وإنِ انْتَقَضَ البِناءُ وتَفَصَّلَ الثَّوْبُ . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَجِبُ رَدُّ[1] الخَشَبةِ والحَجَرِ ؛ لأنَّه صارَ تابعًا لمِلْكِه يَسْتَضِرُّ بقَلْعِه ، فلم يَجِبْ رَدُّه ، كما لو غَصَب خَيْطًا فخاطَ به جُرْحَ عَبْدِه . ولَنا ، أنَّه مَغْصُوبٌ أمْكَنَ رَدُّه ،

الإنصاف

قوله : وإنْ خلَطَه بما يتَمَيَّزُ مِنه ، لَزِمَه تَخْليصُه . إنْ أمْكَنَ . وكذا إنْ أمْكَنَ تَخْليصُ بعضِه ، وإنْ لم يُمْكِنْ تَخْليصُه منه ، فسَيأْتِي في أوَّلِ الفَصْلِ الرَّابعِ مِنَ البابِ .

---

(١) في تش ، م : « أداء » .

المقنع وَإِنْ سَمَّرَ بِالْمَسَامِيرِ بَابًا ، لَزِمَهُ قَلْعُهَا وَرَدُّهَا .

الشرح الكبير ويَجُوزُ له ، فوَجَبَ[1] ، كما لو بَعَّدَ العَيْنَ ، ولا يُشْبِهُ الخَيْطَ الذى يُخافُ على العَبْدِ مِن قَلْعِه ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ له رَدُّه ، لما فى ضِمْنِه مِن تَلَفِ الآدَمِىِّ ، ولأنَّ حاجَتَه إلى ذلك تُبِيحُ أَخْذَه ابْتِداءً ، بخِلافِ البِنَاءِ .

٢٢٩٧ – مسألة : (وإن سَمَّرَ بالمَسامِيرِ بابًا ، لَزِمَه قَلْعُها ورَدُّها) لِما ذَكَرْنا مِن الحَدِيثِ .

فصل : وإن غَصَب فَصِيلًا فأَدْخَلَه دارَه ، فكَبِرَ و لم يَخْرُجْ مِن البابِ ، أو خَشَبةً وأَدْخَلَها دارَه ، ثم بَنَى البابَ ضَيِّقًا لا يَخْرُجُ [٤/٢٦٥ظ] منه إلَّا بنَقْضِه ، وَجَب نَقْضُه ورَدُّ الفَصِيلِ والخَشَبَةِ ، كما يُنْقَضُ البِناءُ لرَدِّ السّاجَةِ[2] . فإن كان حُصُولُه فى الدّارِ بغيرِ تَفْرِيطٍ مِن صاحِبِ الدّارِ ، نُقِض البابُ ، وضَمانُه على صاحِبِ الفَصِيلِ ؛ لأنَّه لِتَخْلِيصِ مالِه مِن غيرِ تَفْرِيطٍ مِن صاحِبِ الدّارِ . وأمّا الخَشَبَةُ ، فإن كان كَسْرُها أكْثَرَ ضَرَرًا مِن نَقْضِ البابِ ، فهى كالفَصِيلِ ، وإن كان أقَلَّ ، كُسِرَتْ . ويَحْتَمِلُ فى الفَصِيلِ مثلُ هذا ، متى كان ذَبْحُه أَقَلَّ ضَرَرًا ، ذُبِحَ وأُخْرِجَ لحمًا ؛ لأنَّه فى مَعْنَى الخَشَبةِ ، وإن كان حُصُولُه فى الدّارِ بعُدْوانٍ مِن صاحِبِه ، كرجلٍ غَصَب دارًا وأَدْخَلَها فَصِيلًا أو خَشَبَةً ، أو تَعَدَّى على إنْسانٍ فأَدْخَلَ دارَه فَرَسًا ونحوَها ، كُسِرَتِ الخَشَبَةُ وذُبِحَ الحَيَوانُ وإن زاد ضَرَرُه على

الإنصاف ....

(١) فى تش ، م : « فيجوز » .
(٢) الساج : نوع من الخشب .

الشرح الكبير

نَقْضِ البِنَاءِ ؛ لأَنَّ سَبَبَ هذا الضَّرَرِ عُدْوانُه ، فيكونُ عليه . ولو باعَ دارًا فيها خَوَابِ[1] لا تَخْرُجُ إلَّا بنَقْضِ الباب ، أو خَزائِنُ ، أو حَيَوانٌ ، وكان نَقْضُ البابِ أَقَلَّ ضَرَرًا مِن بَقاءِ ذلك فى الدّارِ أو تَفْصِيلِه أو ذَبْحِ الحَيَوانِ ، نُقِضَ ، وكان إصلاحُه على البائعِ ؛ لأنه لتَخْلِيصِ مالِه . وإن كان أكْثَرَ ضَرَرًا ، لم يُنْقَضْ ؛ لأَنَّه لا فائِدَةَ فيه ، ويَصْطَلِحان على ذلك ، إمّا بأن يَشْتَرِيَه مُشْتَرِى الدّارِ ، أو غيرِ ذلك .

فصل : وإن غَصَب جَوْهَرَةً فابْتَلَعَتْها بَهِيمَةٌ ، فقال أصحابُنا : حُكْمُها حُكْمُ الخَيْطِ الذى خاطَ به جُرْحَها . على ما نَذْكُرُه . قال شيخُنا[2] : ويَحْتَمِلُ أنَّ الجَوْهَرَةَ متى كانت أكْثَرَ قِيمةً مِن الحيوانِ ، ذُبِحَ ورُدَّتْ إلى مالِكِها ، وضَمانُ الحَيَوانِ على الغاصِبِ ، إلَّا أن يكونَ الحَيَوانُ آدَمِيًّا . ويُفارِقُ الخَيْطَ ، فإنَّه فى الغالِبِ أقَلُّ قِيمةً مِن الحَيَوانِ ، والجَوْهَرَةُ أكْثَرُ قِيمَةً ، ففى ذَبْحِ الحَيَوانِ رِعَايَةُ حَقِّ المالكِ بردِّ عَيْنِ مالِه إليه ، ورِعايَةُ حَقِّ الغاصِبِ بتَقْلِيلِ الضَّمانِ عليه . وإنِ ابْتَلَعَتْ شاةُ رجلٍ جَوْهَرَةَ آخرَ غيرَ مَغْصُوبَةٍ ، ولم يُمْكِنْ إخراجُها إلَّا بذَبْحِ الشّاةِ ، ذُبِحَتْ إذا كان ضَرَرُ ذَبْحِها أقَلَّ ، وضَمانُ نَقْصِها على صاحِبِ الجَوْهَرَةِ ؛ لأَنَّه لتَخْلِيصِ مالِه ، فإن كان التَّفْرِيطُ مِن صاحِبِ الشّاةِ ، بكَوْنِ يَدِه عليها ، فلا شيءَ على صاحِبِ الجَوْهَرَةِ ؛ لأَنَّ التَّفْرِيطَ مِن غيرِه ، فكان الضَّرَرُ على المُفَرِّطِ .

الإنصاف ....

(١) الخابية : وعاء الماء الذى يحفظ فيه .

(٢) فى : المغنى ٧/٤٠٩ .

الشرح الكبير

فصل : وإن أَدْخَلَتْ رَأْسَها فى قُمْقُمٍ ، ولم يُمْكِنْ إخْراجُه إلَّا بذَبْحِها أو كَسْرِ القُمْقُمِ ، وكان ضَرَرُ ذَبْحِها أَقَلَّ ، ذُبِحَتْ ، وإن كان ضَرَرُ[1] كَسْرِ القُمْقُمِ أَقَلَّ ، كُسِرَ ، فإن كان التَّفْرِيطُ مِن صاحِبِ الشّاةِ ، فالضَّمانُ عليه ، وإن كان مِن صاحِبِ القُمْقُمِ ، بأن وَضَعَه فى الطَّرِيقِ ، فالضَّمانُ عليه ، وإن لم يَكُنْ منهما تَفْرِيطٌ ، فالضَّمانُ على صاحِبِ الشّاةِ إن[2] كُسِرَ القُمْقُمُ ؛ لأنَّه كُسِرَ لتَخْلِيصِ شاتِه ، وإذا ذُبِحَتِ الشّاةُ ، فالضَّمانُ على صاحِبِ القُمْقُمِ ؛ لأنَّه لتَخْلِيصِ مالِه . فإن قال مَن عليه الضَّمانُ منهما : أنا أُتْلِفُ مالِى ولا أُغْرَمُ شيئًا للآخَرِ . فله ذلك ؛ لأنَّ إتْلافَ مالِ الآخَرِ إنَّما كان لحَقِّه وسَلَامةِ مالِه وتَخْلِيصِه ، فإذا رَضِىَ بتَلَفِه ، لم يَجُزْ إتْلافُ غيرِه . وإن قال : لا أُتْلِفُ مالِى ولا أُغْرَمُ شيئًا . لم نُمَكِّنْه مِن إتْلافِ مالِ صاحِبِه ، لكنَّ صاحِبَ القُمْقُمِ لا يُجْبَرُ على شيءٍ ؛ لأنَّه لا حُرْمَةَ له ، فلا يُجْبَرُ صاحِبُه على تَخْلِيصِه ، وأما صاحِبُ الشّاةِ ، فلا يَحِلُّ له تَرْكُها ؛ لِما فيه مِن تَعْذِيبِ الحَيوانِ ، فيُقالُ له : إما أن تَذْبَحَ الشاةَ لتُرِيحَها مِن العَذابِ ، وإمّا أن تَغْرَمَ القُمْقُمَ لصاحِبِه [٢٦٦/٤و] إذا كان كَسْرُه أَقَلَّ ضَرَرًا ؛ لأنَّ ذلك مِن ضَرُورَةِ إبْقائِها أو تَخْلِيصِها مِن العَذابِ ، فلَزِمَه ، كعَلَفِها . فإن كان الحَيَوانُ غيرَ مَأْكُولٍ ، احْتَمَلَ أن يكونَ حُكْمُه حُكْمَ المَأْكُولِ فيما ذَكَرْنا . واحْتَمَلَ أن يُكْسَرَ القُمْقُمُ . وهو قولُ

الإنصاف ....

(١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل ، تش ، م : « وإن » .

الشرح الكبير

أصحابِنا ؛ لأنَّه لا نفعَ فى ذَبْحِه ، ولا هو مَشْرُوعٌ ، وقد نَهَى النبىُّ ﷺ عن ذَبْحِ الحَيوانِ لغيرِ مَأْكَلَةٍ[1] . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ كالمَأْكُولِ فى أنَّه متى كان قَتْلُه أقلَّ ضَرَرًا ، أو كانتِ الجِنايَةُ مِن صاحِبِه ، قُتِلَ ؛ لأنَّ حُرْمَتَه مُعارَضَةٌ بحُرْمَةِ مالِ الآدَمِىِّ الذى يُتْلَفُ ، والنَّهْىُ عن ذَبْحِه مُعارَضٌ بالنَّهْىِ عن إضَاعَةِ المالِ ، وفى كَسْرِ القُمْقُمِ مع كَثْرَةِ قِيمَتِه إضاعَةُ المالِ . واللهُ أعلمُ .

فصل : وإن غَصَب دِينارًا فوَقَعَ فى مِحْبَرَتِه ، أو أخَذَ دِينارَ غيرِه ، فسَهَا فوَقَعَ فى مِحْبَرَتِه ، كُسِرَتْ ورَدَّ الدِّينارَ ، كما يُنْقَضُ البِنَاءُ لرَدِّ الخَشَبَةِ ، وكذلك إن كان دِرْهَمًا أو أَقَلَّ . وإن وَقَعَ مِن غيرِ فِعْلِه ، كُسِرَتْ لرَدِّ الدِّينارِ إن أَحَبَّ صاحِبُه ، والضَّمانُ عليه ؛ لأنَّه[2] لتَخْلِيصِ مالِه . وإن غَصَب دِينارًا ، فوَقَعَ فى مِحْبَرَةِ آخَرَ بفِعْلِ الغاصِبِ أو بغيرِ فِعْلِه ، كُسِرَتْ لرَدِّه ، وعلى الغاصِبِ ضَمانُ المِحْبَرَةِ ؛ لأنَّه السَّبَبُ فى كَسْرِها . وإن كان كَسْرُها أكْثَرَ ضَررًا مِن تَبْقِيَةِ الواقِعِ فيها ، ضَمِنَه الغاصِبُ ، ولم يُكْسَرْ . وإن رَمَى إنسانٌ دِينارَه فى مِحْبَرَةِ غيرِه عُدْوانًا ، فأَبَى صاحبُ المِحْبَرَةِ كَسْرَها ، لم يُجْبَرْ عليه ؛ لأنَّ صاحِبَه تَعَدَّى برَمْيِه فيها ، فلم يُجْبَرْ صاحِبُها على إتْلافِ مالِه لإزَالَةِ ضَرَرِ عُدْوانِه عن نَفْسِه ، وعلى الغاصِبِ نَقْصُ المِحْبَرَةِ بوُقُوعِ الدِّينارِ فيها . ويَحْتَمِلُ أن يُجْبَرَ على كَسْرِها لرَدِّ عَيْنِ مالِ الغاصِبِ ،

(١) تقدم تخريجه فى ١٠/٦١ .

(٢) سقط من : تش ، م .

المقنع وَإِنْ زَرَعَ الْأَرْضَ وَرَدَّهَا بَعْدَ أَخْذِ الزَّرْعِ ، فَعَلَيْهِ أُجْرَتُهَا .

الشرح الكبير ويَضْمَنُ الغاصِبُ قِيمَتَها ، كما لو غَرَسَ فى أرْضِ غيرِه ، مَلَكَ حَفْرَ الأرْضِ بغيرِ إذْنِ المالكِ لأخذِ غَرْسِه ويَضْمَنُ نَقْصَها بالحَفْرِ . وعلى الوَجْهَيْن ، لو كَسَرَها الغاصِبُ قَهْرًا ، لم يَلْزَمْه أكْثَرُ مِن قِيمَتِها .

٢٢٩٨ – مسألة : (وإن زَرَع الأرْضَ ورَدَّها بعدَ أخْذِ الزَّرْعِ ، فعليه أُجْرَتُها) إذا غَصَبَ أرضًا فزَرَعَها ورَدَّها بعدَ حَصادِ الزَّرْعِ ، فهو

الإنصاف قوله : وإنْ زرَع الأرْضَ ، ورَدَّها بعدَ أخْذِ الزَّرْعِ ، فعليه أُجْرَتُها . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . ونقَل حَرْبٌ ، حُكْمُها حُكْمُ الزَّرْعِ الذى لم يُحْصَدْ . قال فى « الفائقِ » : قلتُ : وجنَح ابنُ عَقِيلٍ إلى مُساواةِ الحُكْمَيْن . واخْتارَه صاحِبُ « الفائقِ » ، فى غيرِ « الفائقِ » ، وردَّ كلامَ الأصحاب . قال فى « القاعِدَةِ التَّاسِعَةِ والسَّبْعِين » : ووَهَّمَ أبو حَفْصٍ ناقِلَها ، على أنَّ مِنَ الأصحابِ مَن رجَّحَها ؛ بِناءً على أنَّ الزَّرْعَ نبَت على مِلْكِ مالكِ الأرْضِ ابْتِداءً ، والمَعْروفُ فى المذهبِ خِلافُه . انتهى . قال الحارِثِىُّ : هذا المَعْروفُ عندَ الأصحابِ . قال : وعنه ، يحْدُثُ على مِلْكِ ربِّ الأرْضِ . ذكَرَه القاضى يَعْقُوبُ ، ومنَع فى « تَعْليقِه » مِن كَوْنِه مِلْكًا للغاصِبِ ، وقال : لا فَرْقَ بينَ ما قبلَ الحَصادِ وبعدَه ؛ على ما نقَلَه حَرْبٌ . قال الحارِثِىُّ : وكذا أوْرَدَه القاضى فى « تَعْليقِه الكَبِيرِ » ، فيما أظُنُّ ، أو أجْزِمُ ، وأوْرَدَه شيْخُنا أبو بَكْرٍ[1] ابنُ الصَّيْرَفِىِّ فى كتابِ « نَوادِرِ المَذْهبِ » . انتهى . قال فى « الفائقِ » : وقال القاضى يَعْقُوبُ : لا فَرْقَ بينَ ما قبلَ الحَصادِ وبعدَه ، فى إحْدَى الرِّوايتَيْن . وبَناه على أنَّ زَرْعَ الغاصِبِ ، هل يَحْدُثُ

(١) فى حاشية ط : « صوابها أبو زكريا ، رأيته على النسخ ، ذكر فيها أنه رآها فى نسخة صحيحة عليها » .

المقنع

وَإِنْ أَدْرَكَهَا رَبُّهَا والزَّرْعُ قَائِمٌ ، خُيِّرَ بَيْنَ تَرْكِهِ إِلَى الْحَصَادِ

الشرح الكبير

للغاصِبِ . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّه نَماءُ مالِه ، وعليه [٢٦٦/٤ظ] أَجْرُ المِثْلِ إلى وَقتِ التَّسْلِيمِ ، وضَمانُ النَّقْصِ . ولو لم يَزْرَعْها ، فنَقَصَتْ لتَرْكِ الزِّراعَةِ ، كأَراضِى البَصْرَةِ ، أو نَقَصَتْ لغيرِ ذلك ، ضَمِنَ نَقْصَها ؛ لِما نَذْكُرُه فيما إذا غَرَسَها أو بَنَى فيها ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

٢٢٩٩ – مسألة : (وإن أَدْرَكَها رَبُّها والزَّرْعُ قائِمٌ ، خُيِّرَ بينَ تَرْكِه

الإنصاف

على مِلْكِ صاحِبِ البَذْرِ ، أو صاحِبِ الأَرْضِ ؟ على رِوايتَيْن ، والحُدوثُ على مِلكِ صاحبِ الأَرْضِ هو المُخْتارُ . انتهى . وقال أيضًا : وهلِ القِياسُ كَوْنُ الزَّرْعِ لرَبِّ البَذْرِ ، أوِ الأرْضِ ؟ المَنْصُوصُ ، الأَوَّلُ . وقال ابنُ عَقِيلٍ ، والشَّيْخ تقِيُّ الدِّينِ : الثَّانى . وقال الشَّيْخُ تقِيُّ الدِّينِ أيضًا : يَنْبَنِى هذا على المَدْفُوعِ ، إنْ كان النَّفَقَةَ ، فلِرَبِّ الأَرْضِ مُطْلَقًا ، والمَنْصُوصُ ، التَّفْرِقَةُ . فعلى المذهبِ ، على الغاصِبِ أُجْرَةُ المِثْلِ . وعلى الرِّوايةِ الثَّانيةِ ، للغاصِبِ نَفقَةُ الزَّرْعِ ، وأَمَّا مُؤْنَةُ الحَصادِ ، فَيَحْتَمِلُ أنْ تكونَ كذلك ، وَيحْتَمِلُ أنْ لا تجِبَ . قال الحارِثِيُّ : وهو الأَقْوَى .

تنبيه : قولُه : ورَدُّها بعدَ أَخْذِ الزَّرْعِ . هذا المذهبُ . أعْنِى ، أنَّه يُشْتَرطُ أنْ يكونَ قد حصَدَه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقال فى « الرِّعايةِ » : وقيل : أوِ استَحْصَدَ قبلَه و لم يحْصُدْ .

قوله : وإنْ أَدْرَكَها رَبُّها ، والزَّرْعُ قائِمٌ ، خُيِّرَ بينَ تَرْكِه إلى الحَصادِ بأُجْرَته ، وبينَ أَخْذِه بعِوَضِه . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . قال الحارِثِىُّ : تواتَرَ النَّصُّ عن أحمدَ ، أنَّ الزَّرْعَ للمالِكِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى

المقنع

بِأُجْرَتِهِ ، وَبَيْنَ أَخْذِهِ بِعِوَضِهِ . وَهَلْ ذَلِكَ قِيمَتُهُ أَوْ نَفَقَتُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

إلى الحَصادِ بأُجْرَةِ مِثْلِه ، وبينَ أَخْذِه بعِوَضِه . وهل ذلك قِيمَتُه أو نَفَقَتُه ؟ على رِوايَتَيْن) قولُه : أَدْرَكَها والزَّرْعُ قائِمٌ . يَعْنِى اسْتَرْجَعَها مِن الغاصِبِ وقَدَرَ على أَخْذِها منه . متى أَدْرَكَها رَبُّها والزَّرْعُ قائِمٌ ، لم يَمْلِكْ إجْبارَ الغاصِبِ على قَلْعِ الزَّرْعِ ، وخُيِّرَ المالِكُ بينَ أن يُقِرَّ الزَّرْعَ فى الأَرْضِ إلى الحَصادِ ويَأْخُذَ مِن الغاصِبِ أُجْرَةَ الأرْضِ وأَرْشَ نَقْصِها ، وبينَ أن يَدْفَعَ إليه نَفَقَتَه ويكونَ له الزَّرْعُ . وهذا قولُ أبى عُبَيْدٍ . وقال أكْثَرُ الفُقَهاءِ : يَمْلِكُ إجْبارَ الغاصِبِ على قَلْعِه ؛ لقَوْلِه عليه الصَّلاةُ والسَّلامُ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظالِمٍ حَقٌّ »[1] . و[2] لأنَّه زَرَعَ فى أَرْضِ غيرِه ظُلْمًا ، أَشْبَهَ الغَرْسَ . ولَنا ، ما رَوَى رافِعُ بنُ خَدِيجٍ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ زَرَعَ

الإنصاف

« الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . قال الزَّرْكَشِىُّ : هو قَوْلُ القاضى ، وعامَّةِ أصحابِه ، والشَّيْخَيْن . انتهى . قال الحارِثِىُّ : وهو قَوْلُ القاضى ، وجُمْهورِ أصحابِه ، ومَن تَلاهم ، والمُصَنِّفِ ، فى سائرِ كُتُبِه . وهو مِنْ مُفْرَداتِ المذهبِ ، قال ناظِمُها :

بالاحْتِرامِ احْكُمْ لزَرْعِ الغاصِبِ ... وليس كالبانِى أو كالنَّاصِبِ
إنْ شاءَ ربُّ الأرْضِ ترْكَ الزَّرْعِ ... بأُجْرَةِ المِثْلِ فَوَجْهٌ مرْعِى
أو مِلْكَه إنْ شاءَ بالإنْفاقِ ... أو قِيمَةً للزَّرْعِ بالوِفاقِ

---

(١) تقدم تخريجه فى ١٣/٢٩٩ .
(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

فِى أَرْضِ قَوْمٍ بِغَيْرِ إذْنِهِم ، فَلَيْسَ لَهُ مِنَ الزَّرْعِ شَىْءٌ ، وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُ » . رَواه أبو داودَ والتِّرمِذِىُّ[1] . وقال : حَديثٌ حَسَنٌ[2] . فيه دَلِيلٌ على أنَّ الغاصِبَ لا يُجْبَرُ على القَلْعِ ؛ لأنه مِلْكٌ للمَغْصُوبِ منه ، ولأنَّه أمْكَنَ رَدُّ المَغْصُوبِ إلى مالِكِه مِن غيرِ إتْلافِ مالِ الغاصِبِ على قُرْبٍ مِن الزَّمانِ ، فلم يَجُزْ إتْلافُه ، كما لو غَصَب سَفِينَةً فحَمَلَ فيها مالَه وأدْخَلَها البَحْرَ ، أو غَصَبَ لَوْحًا فَرَقَّعَ به سَفِينَةً ، فإنَّه لا يُجْبَرُ على رَدِّ المَغْصُوبِ فى اللُّجَّةِ ، ويُنْتَظَرُ حتى تُرْسَى ؛ صِيانَةً للمالِ عن التَّلَفِ ، كذا هذا . وفارَقَ الشَّجَرَ ؛ لأنَّ مُدَّتَه تَتطاوَلُ ، ولا يُعْلَمُ متى يَنْقَلِعُ مِن الأرْضِ ، فانْتِظارُه يُؤَدِّى إلى تَرْكِ رَدِّ الأَصْلِ بالكُلِّيَّةِ . وحَدِيثُهم وَرَد فى الغَرْسِ ، وحَدِيثُنا فى الزَّرْعِ ، فيُجْمَعُ بينَ الحَدِيثَيْنِ ، ويُعْمَلُ بكلِّ واحِدٍ منهما فى مَوْضِعِه ، وهو أَوْلَى مِن إبْطالِ أحدِهما . إذا ثَبَت هذا ، فمتى رَضِىَ المالِكُ بتَرْكِ الزَّرْعِ للغاصِبِ ويَأْخُذُ [٢٦٧/٤و] منه أَجْرَ الأَرْضِ ، فله ذلك ؛ لأنَّه شَغَل المَغْصُوبَ بمالِه ، فمَلَكَ صاحِبُه أَخْذَ أَجْرِه ، كما لو تَرَكَ فى الدارِ طَعامًا يَحْتاجُ فى نَقْلِه إلى مُدَّةٍ . وإن أَحَبَّ أَخْذَ الزَّرْعِ ، فله ذلك ، كما يَسْتَحِقُّ الشَّفِيعُ أَخْذَ شَجَرِ المُشْتَرِى بقِيمَتِه . وفيما يُرَدُّ على الغاصِبِ رِوَايتانِ ؛ إحداهما ، قِيمَةُ

الإنصاف ....

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى زرع الأرض بغير إذن صاحبها ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٣٤/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى من زرع فى أرض قوم بغير إذنهم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٢٥/٦ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من زرع فى أرض قوم بغير إذنهم ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨٢٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٦٥/٣ .

(٢) فى م : « حسن صحيح » .

المقنع وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الزَّرْعُ لِلْغَاصِبِ ، وَعَلَيْهِ الْأُجْرَةُ .

الشرح الكبير الزَّرْعِ ؛ لأنَّه بَدَلٌ عن الزَّرْعِ ، فيُقَدَّرُ بقِيمَتِه ، كما لو أَتْلَفَه ، ولأنَّ الزَّرْعَ للغاصِبِ إلى حين[1] انتِزاعِه منه ، بدَلِيلِ أنَّه لو أَخَذَه قبلَ انتِزاعِ المالِكِ ، كان مِلْكًا له يَأْخُذُه ، فيكونُ أَخْذُ المالِكِ له تَمَلُّكًا له ، إلَّا أن يُعَوِّضَه ، فيَجِبُ أن يكونَ بقِيمَتِه ، كما لو أخَذَ الشِّقْصَ المَشْفُوعَ . فعلى هذا ، يَجِبُ على الغاصِبِ أَجْرُ الأرْضِ إلى حينِ تَسْلِيمِ الزَّرْعِ ؛ لأنَّ الزَّرْعَ كان مَحْكُومًا له به ، وقد شَغَل به أَرْضَ غيرِه . والروايةُ الثانيةُ ، يَرُدُّ على الغاصِبِ ما أَنْفَقَ مِن البَذْرِ ومُؤْنَةِ الزَّرْعِ فى الحَرْثِ والسَّقْيِ وغيرِه . وهذا الذى ذَكَره القاضِى . وهو ظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِيِّ ، وظاهِرُ الحَدِيثِ ؛ لقولِه ، عليه الصَّلاةُ والسَّلامُ : « عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ » . وقِيمةُ الشيءِ لا تُسَمَّى نَفَقةً له . والحَدِيثُ مَبْنِيٌّ على هذه المسألةِ ، فإنَّ أحمدَ إنَّما ذَهَبَ إلى هذا الحُكْمِ اسْتِحْسانًا ، على خِلافِ القِياسِ ، فإنَّ القِياسَ أنَّ الزَّرْعَ لصاحِبِ البَذْرِ ؛ لأنَّه نَماءُ مالِه ، فأشْبَهَ ما لو غَصَب دَجاجَةً فحَضَنَتْ بَيْضًا له ، كان النَّماءُ له . وقد صَرَّحَ به أحمدُ ، فقال : هذا شيءٌ لا يُوافِقُ القِياسَ ، أَسْتَحْسِنُ أن يَدْفَعَ إليه نَفَقَتَه ؛ للأثَرِ . ولذلك جَعَلْناه للغاصِبِ إذا أُخِذَتْ منه الأرْضُ بعدَ أَخْذِه الزَّرْعَ ، وإذا كان العَمَلُ بالحَدِيثِ ، فيَجِبُ أن يُتَّبَعَ مَدْلُولُه (ويَحْتَمِلُ أن يكونَ الزَّرْعُ للغاصِبِ ، وعليه الأُجْرَةُ) كما إذا رَجَع

الإنصاف ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ الزَّرْعُ للغاصِبِ ، وعليه الأُجْرَةُ . وهذا الاحْتِمالُ لأبى

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

الْمُسْتَعِيرُ .

فصل : فإن كان الزَّرْعُ[1] مِمّا تَبْقَى أُصُولُه فى الأَرْضِ ، ويُجَزُّ مَرَّةً بعدَ أُخْرَى ، كالرَّطْبَةِ[2] ، احْتَمَلَ أن يكونَ حُكْمُه ما ذَكَرْنا ؛ لدُخُولِه فى عُمُومِ الزَّرْعِ ؛ لأنَّه ليس له فَرْعٌ قَوِىٌّ ، أشْبَهَ الحِنْطَةَ والشَّعِيرَ . واحْتَمَلَ أنَّ حُكْمَه حُكْمُ الغَرْسِ ؛ لبقَاءِ أَصْلِه ، وتَكَرُّرِ أخْذِه ، ولأنَّ القِياسَ يَقْتَضِى أن يَثْبُتَ لكلِّ زَرْعٍ [٤/٢٦٧ظ] مثلُ حُكْمِ الغَرْسِ ، وإنَّما تُرِكَ فيما تَقِلُّ مُدَّتُه للأَثَرِ ، ففيما عَداه يَبْقَى على قَضِيَّةِ القِياسِ .

الإنصاف

الخَطَّابِ . وقيل : له قَلْعُه ، إنْ ضَمِنَه . واخْتارَ ابنُ عَقِيلٍ وغيرُه ، أنَّ الزَّرْعَ لرَبِّ الأَرْضِ ، كالوَلَدِ ، فإنَّه لسَيِّدِ الأُمِّ ، لَكِنِ المَنِىُّ لا قِيمَةَ له ، بخِلافِ البَذْرِ . ذكَرَه الشَّيْخُ تقِىُّ الدِّينِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهذا القَوْلُ ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ فى عامَّةِ نُصُوصِه ، والخِرَقِىِّ ، والشِّيرازِىِّ ، وابنِ أبِى مُوسى ، فيما أظُنُّ ، وعليه اعْتَمَدَ الإمامُ أحمدُ . وكذا قال الحارِثِىُّ : ظاهِرُ كلامِ مَن تقدَّم مِنَ الأَصحابِ ؛ كالخِرَقِىِّ ، وابنِ أبِى مُوسى ، عدَمُ التَّخْيِيرِ ، فإنَّ كُلًّا منهم قال : الزَّرْعُ لمالِكِ الأَرْضِ ، وعليه النَّفَقَةُ . وهذا بعَيْنِه هو المُتَواتِرُ عن أحمدَ ، ولم يذْكُرْ أحدٌ عنه تَخْيِيرًا ، وهو الصَّوابُ ، وعلَّلَه . انتهى . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، فى مَن زرَعَ بلا إذْنِ شَرِيكِه ، والعادَةُ بأنَّ مَن زرَعَ فيها له نَصِيبٌ مَعْلومٌ ، ولرَبِّها نَصِيبٌ : قُسِمَ ما زَرَعَه فى نَصِيبِ شَرِيكِه كذلك . قال : ولو طَلَبَ أحدُهما مِنَ الآخرِ أنْ يزْرَعَ معه أو يُهايِئَه فيها ، فأَبَى ، فللأَوَّلِ الزَّرْعُ فى قَدْرِ حَقِّه بلا أُجْرَةٍ ، كدارٍ بينَهما فيها

---

(١) زيادة من : ر ، ق .

(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : فإن غَصَب أرْضًا فغَرَسَها فأثْمَرتْ ، فأدْرَكها رَبُّها بعدَ أخْذِ الغاصِبِ ثَمَرَتَها ، فهى له . فإن أدْرَكها والثَّمرةُ فيها ، فكذلك ؛ لأنها ثَمرةُ شَجَرِه ، فكانت له ، كما لو كانت فى أرْضِه ، ولأنَّها نَماءُ أصْلٍ مَحْكُومٍ به للغاصِبِ ، فكان له ، كأغْصانِها ووَرَقِها ، ولَبَنِ الشّاةِ ونَسْلِها . وقال القاضى : هى لمالِكِ الأرضِ إن أدْرَكَها فى الغِراسِ ؛ لأنَّ أحْمدَ قال فى رِوايَةِ علىِّ بنِ سعيدٍ : إذا غَصَب أرْضًا فغَرَسَها ، فالنَّماءُ لمالِكِ الأرْضِ . قال القاضِى : وعليه مِن النَّفَقَةِ ما أنْفقَه الغارِسُ مِن مُؤْنَةِ الثَّمَرَةِ ؛ لأنَّ الثَّمَرَةَ فى مَعْنَى الزَّرْعِ ، فكان لصاحِبِ الأرْضِ إذا أدْرَكه

الإنصاف

بَيْتان ، سكَنَ أحدَهما عندَ امْتِناعِه ممَّا يَلْزَمُه . انتهى . قلتُ : وهذا الصَّوابُ ، ولا يسَعُ النَّاسَ غيرُه .

قوله : وهل ذلك قِيمَتُه ، أو نَفَقَتُه ؟ على وَجْهَيْن . وهما وَجْهان فى نُسْخَةٍ مَقْروءَةٍ على المُصَنِّفِ ، وفى نُسْخَةٍ رِوايَتان ، وعليها شرَح الشَّارِحُ ، وابنُ مُنَجَّى. قال الحارِثِىُّ : حَكاهُما مُتَأَخِّرُو الأصحابِ ، والمُصَنِّفُ فى « كتابِه [١٨٧/٢ و] الكَبِيرِ » رِوايَتَيْن ، وأوْرَدَهما هنا وَجْهَيْن . قال : والصَّوابُ أنَّهما رِوايَتان . قال هو ، والشَّارِحُ : والمَنْقُولُ عن أحمدَ فى ذلك رِوايَتان . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَقِيلٍ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « الهادِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ؛ إحْداهما ، يأْخُذُه بنَفَقَتِه ؛ وهى ما أنْفقَ مِنَ البَذْرِ ومُؤْنَةِ الزَّرْعِ ؛ مِنَ الحَرْثِ والسَّقْىِ ، وغيرِهما . وهو المذهبُ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، والشِّيرازِىِّ . واخْتارَه القاضى فى « رُءوسِ المَسائلِ » ،

الشرح الكبير

قائمًا فيها ، كالزَّرْعِ . قال شيخُنا[1] : والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ أحمدَ قد صَرَّحَ بأنَّ أَخْذَ رَبِّ الأرْضِ الزَّرْعَ شيءٌ لا يُوافِقُ القِياسَ ، وإنَّما صار إليه للأَثَرِ ، فيَخْتَصُّ الحُكْمُ به ، ولا يُعَدَّى[2] إلى غيرِه ، ولأنَّ الثَّمرَةَ تُفارِقُ الزَّرْعَ مِن وَجْهَيْن ؛ أحَدُهما ، أنَّ الزَّرْعَ نَماءُ الأرْضِ ، فكان لصاحِبِها ، والثَّمرةُ نَماءُ الشَّجَرِ ، فكانت لصاحِبِه . الثانى ، أنَّه يَرُدُّ عِوَضَ الزَّرْعِ إذا أخَذَه ، مثلَ البَذْرِ الذى نَبَتَ منه الزَّرْعُ ، مع ما أنْفَقَ عليه ، ولا يُمْكِنُه مثلُ ذلك فى الثَّمَرَةِ .

الإنصاف

وابنُ عَقِيلٍ . قال الحارِثِىُّ : وهو المذهبُ ، وعليه مُتَقدِّمُو الأصحابِ ؛ كالخِرَقِىِّ ، وأبى بَكْرٍ ، ثم ابن أبِى مُوسى ، والقاضى فى كِتابَىْ « المُجَرَّدِ » ، و « رءُوسِ المَسائلِ » ، وابنِ عَقِيلٍ ؛ لصَريحِ الأخْبارِ المُتقدِّمَةِ فيه . انتهى . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الطَّريقِ الأقْرَبِ » ، و « الوَجيزِ » ، وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، يأْخُذُه بقِيمَتِه زَرْعًا الآنَ . صحَّحه القاضى فى « التَّعْليقِ » . وجزَم به فى « العُمْدَةِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأزَجِىِّ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « تجريدِ العِنَايةِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . قلتُ : والنَّفْسُ تَمِيلُ إليه . قال ابنُ الزَّاغُونِىِّ : أصْلُهما ، هل يُضْمَنُ وَلَدُ المَغْرُورِ بمِثْلِه ، أو قِيمَتِه ؟ وعنه رِوايَةٌ ثالِثَةٌ ، يأْخُذُه بأيِّهما شاءَ ، نقَلَها مُهَنَّا . قالَه فى « الفُروعِ » . قال الحارِثِىُّ :

---

(1) فى : المغنى ٧/٣٧٩ .

(2) فى م : « يتعدى » .

الشرح الكبير

فصل : وإن غَصَب شَجَرًا فأثْمَرَ ، فالثَّمَرُ لصاحِبِ الشَّجَرِ ، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّه نَماءُ مِلْكِه ، ولأنَّ الشَّجَرَ عَيْنُ مِلْكِه نَما وزَادَ ، فأشْبَهَ ما لو طالتْ أغْصانُه . ويَرُدُّ الثَّمَرَ إن كان باقِيًا ، وبَدَلَه إن تَلِفَ ، وإن كان رُطَبًا فصار تَمْرًا ، أو عِنَبًا فصار زَبِيبًا ، فعليه رَدُّه وأَرْشُ نَقْصِه إن نَقَص ، ولا شيءَ له بعَمَلِه فيه ، ولا أُجْرَةَ عليه للشَّجَرِ ؛ لأنَّ أُجْرَتَها لا تَجُوزُ فى العُقُودِ ، فكذلك فى الغَصْبِ ، ولأنَّ نَفْعَ الشَّجَرِ تَرْبِيَةُ الثَّمرِ وإخراجُه ، وقد عادتْ هذه المَنافِعُ إلى المالِكِ . ولو كانت ماشِيَةً ، فعليه ضَمانُ وَلَدِها إن وَلَدتْ عندَه ، وضَمانُ لَبَنِها بمثلِه ؛ لأنَّه مِن ذَواتِ الأمْثالِ ، ويَضْمَنُ أوبارَها وأشْعارَها بمثلِه ، كالقُطْنِ . وفى ضَمانِ [٤/٢٦٨و] زَوائِدِ الغَصْبِ المُنْفَصِلَةِ اخْتِلافٌ نذكُرُه فيما يأتِى إن شَاءَ اللهُ تعالَى .

الإنصاف

وحكَى القاضى (١أبو حُسَيْنٍ١) فى كتابِ « التَّمامِ » ، عن أخِيه أبِى القاسِمِ(٢) ، رِوايَةً بالتَّخْييرِ ، وهو الظَّاهِرُ مِن إيرادِ القاضى يَعْقُوبَ فى « التَّعْليقِ » . وذكَر نصَّ مُهَنَّا . وقال فى « الفائقِ » : وخرَّج أبو القاسِمِ ابنُ القاضى رِوايَةً بالخِيَرَةِ ، فكأنَّه ما اطَّلَعَ على كلامِ الحارِثِىِّ ، أو لأبِى القاسِمِ تَخْرِيجُ رِوايَةٍ ، ثم اطَّلَعَ ، فوافَقَ التَّخْرِيجَ لها . فعلى الرِّوايَةِ الثَّانيةِ ، واحْتِمالِ أبى الخَطَّابِ ، لرَبِّ الأرْضِ أُجْرَتُها إلى حينِ تَسْليمِ الزَّرْعِ . على الصَّحيحِ مِنَ المَذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، وذكَر

(١ - ١) فى النسخ : « حسين » .

(٢) عبيد الله بن محمد بن الحسين بن محمد الفراء ، ابن القاضى أبى يعلى ، أبو القاسم . سمع الحديث من والده ، ورحل فى طلب الحديث والعلم ، وكان أكبر ولد القاضى أبى يعلى ، وكان ذا عفة وديانة . توفى سنة تسع وستين وأربعمائة . ذيل طبقات الحنابلة ١/١٢ ، ١٣ .

الإنصاف

أبو يَعْلَى الصَّغِيرُ ، أنَّه لا أُجْرَةَ له . ونقَلَه إبْراهِيمُ بنُ الحارِثِ . وعلى المذهبِ ، أعْنِى إذا أوْجَبْنا ردَّ النَّفَقَةِ ، فقال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : يَرُدُّ مِثْلَ البَذْرِ . وبه قال ابنُ الزَّاغُونِىِّ ؛ لأنَّ البَذْرَ مِثْلِىٌّ . ونصَرَه الحارِثِىُّ . وقال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : يجِبُ ثَمَنُ البَذْرِ .

تنبيه : قال الحارِثِىُّ : عَبَّر المُصَنِّفُ بالنَّفَقَةِ عن عِوَضِ الزَّرْعِ ، وكذلك عبَّر أبو الخَطَّابِ ، والسَّامَرِّىُّ ، وصاحِبُ « التَّلْخِيصِ » ، وغيرُهم ، وليس بالجَيِّدِ ؛ لوَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، أنَّ المُعاوَضَةَ تَسْتَلْزِمُ مِلْكَ المُعَوِّضِ ، ودُخُولُ الزَّرْعِ فى مِلْكِ الغاصِبِ باطِلٌ بالنَّصِّ . كما تقدَّم ، فبَطَلَ كوْنُها عِوَضًا عنه . الثَّانى ، الأَصْلُ فى المُعاوَضَةِ تَفاوُتُهما وتَباعُدُهما ، فدلَّ على انْتِفاءِ المُعاوَضَةِ ، والصَّوابُ ، أنَّها عِوَضُ البَذْرِ ولَواحِقِه . انتهى .

فائدة : يُزَكِّيه ربُّ الأَرْضِ ، إنْ أخَذَه قبلَ وُجوبِ الزَّكاةِ ، وإنْ أخَذَه بعدَ الوُجوبِ ، ففى وُجوبِ الزَّكاةِ عليه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « القَواعدِ الفِقْهِيَّةِ » . قلتُ : الصَّحيحُ أنَّه لا يُزَكِّيه ، بل تَجِبُ الزَّكاةُ على الغاصِبِ ؛ لأنَّه ملَكَه إلى حينِ أَخْذِه ، على الصَّحيحِ ، كما تقدَّم . وعلى مُقْتَضَى النُّصوصِ ، واخْتِيارِ الخِرَقِىِّ ، وأبى بَكْرٍ ، وابنِ أبى مُوسى ، والحارِثِىِّ ، وغيرِهم ، يُزَكِّيه ربُّ الأَرْضِ ؛ لأنَّهم حكَمُوا أنَّ الزَّرْعَ مِن أصْلِه لرَبِّ الأَرْضِ (1) وعلى هذا يكونُ هذا المذهبَ (1) .

(1 – 1) زيادة من : ا .

المقنع

وَإِنْ غَرَسَهَا أَوْبَنَى فِيهَا ، أُخِذَ بِقَلْعِ غَرْسِهِ وَبِنَائِهِ ، وَتَسْوِيَةِ الْأَرْضِ وَأَرْشِ نَقْصِهَا وَأُجْرَتِهَا .

الشرح الكبير

٢٣٠٠ – مسألة : (وإن غَرَس أو بَنَى ، أُخِذَ بقَلْعِ غَرْسِه وبِنائِه ، وتَسْوِيَةِ الأرْضِ وأَرْشِ نَقْصِها وأُجْرَتِها) متى غَرَس فى أرضِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، أو بَنَى فيها ، وطَلَب صاحِبُ الأرضِ قَلْعَ غِراسِه وبنائِه ، لَزِم الغاصِبَ ذلك . ولا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لما روَى سعيدُ بنُ زَيْدِ بنِ عَمْرِو ابنِ نُفَيْلٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ » . رَواه التِّرْمِذِىُّ[1] ، وقال : حَديثٌ حَسَنٌ . وروَى أبو داودَ ، وأبو عُبَيْدٍ فى الحَديثِ أنَّه قال : فلقد أخْبَرنِى الذى حَدَّثَنِى هذا الحَديثَ أنَّ رجلًا غَرَس فى أَرْضِ رجلٍ مِن الأنْصارِ ، مِن بَنِى بَيَاضَةَ ، فاخْتَصَما إلى النَّبىِّ ﷺ ، فَقَضَى للرَّجُلِ بأَرْضِه ، وقَضَى للآخرِ أن يَنْزِعَ نَخْلَه . قال : فلقد رَأَيْتُها يُضْرَبُ فى أُصُولِها بالفئوس ، وإنَّها لَنَخْلٌ عُمٌّ[2] . ولأنَّه شَغَل مِلْكَ غيرِه

الإنصاف

قوله : وإنْ غَرَسَها ، أو بَنَى فيها ، أُخِذَ بقَلْعِ غَرْسِه وبنائِه وتَسْوِيَةِ الأَرْضِ ، وأَرْشِ نَقْصِها وأُجْرَتِها . وهذا مَقْطوعٌ به عندَ جُمْهورِ الأصحابِ ، إلَّا أنَّ صاحِبَ « الرِّعايَةِ » قال : لَزِمَه القَلْعُ فى الأصحِّ . قال فى « القاعِدَةِ السَّابِعَةِ والسَّبْعِين » : والمَشْهورُ عن أحمدَ ، للمالِكِ قَلْعُه مجَّانًا ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، لا يَقْلَعُ ، بل يَتملَّكُه بالقِيمَةِ . وعليها ، لا يَقْلَعُ إلَّا مَضْمُونًا ، كغَرْسِ المُسْتَعِيرِ . كذلك حَكاهما القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ .

---

(١) تقدم تخريجه فى ٢٩٩/١٣ .

(٢) أخرجه أبو داود فى التخريج السابق . وأبو عبيد ، فى : غريب الحديث ٢٩٦/١ .
وعُمٌّ : أى طوال . اللسان (ع م م) .

الشرح الكبير

بِمِلْكِه الذى لا حُرْمَةَ له فى نَفْسِه بغيرِ إذْنِه ، فلَزِمَه تفْرِيغُه ، كما لو جَعَل فيه قُمَاشًا . وإذا قَلَعَها ، لَزِمَهُ تَسْوِيَةُ الحَفْرِ ، وَرَدُّ الأَرْضِ إلى ما كانت عليه ؛ لأَنَّه ضَرَرٌ حَصَل فى مِلْكِ غيرِه بفِعْلِه ، فلَزِمَتْه إزالَتُه .

الإنصاف

(1) تنبيه : شَمِلَ كلامُ المُصَنِّفِ ، ما لو كانَ الغارِسُ أوِ البانِى أحَدَ الشَّرِيكَيْن . وهو كذلك ، حتى ولو لم يَغْصِبْه ، لكِنْ غرَسَ أو بَنَى مِن غيرِ إذْنٍ . وهو صحيحٌ . نصَّ عليه فى رِوَايةِ جَعْفَرِ بن محمدٍ ، أنَّه سُئِلَ عن رَجُلٍ غرَسَ نَخْلًا ، فى أرْضٍ بينَه وبينَ قَوْمٍ ، مُشاعًا ؟ قال : إنْ كان بغيرِ إذْنِهم ، قلَع نَخْلَه . ويأْتِى هذا أيضًا فى الشُّفْعَةِ (1) .

فوائد ؛ منها ، لو زرَع فيها شَجَرًا بنَواه ، فالمَنْصوصُ عن أحمدَ ، وعليه الأصحابُ ، أنَّه له ، كما فى الغِراسِ . ويَحْتَمِلُ كوْنُه لرَبِّ الأرْضِ ؛ لدُخُولِه فى عُمومِ أخْبَارِ الزَّرْعِ . قالَه الحارِثِىُّ . ومنها ، لو أثْمَرَ ما غَرَسَ الغاصِبُ ، فقال فى « المُجَرَّدِ » ، و « الفُصولِ » ، وصاحِبُ « المُسْتَوْعِبِ » ، و « نَوادِرِ المذْهبِ » : الثَّمَرُ لمالِكِ الأرْضِ ، كالزَّرْعِ ؛ إنْ أدْرَكَه أخذَه ، وردَّ النَّفَقةَ ، وإلَّا فهو للغاصِبِ . واخْتارَه القاضى . ونصَّ عليه ، فى رِوايَةِ علىِّ بنِ سَعِيدٍ . قال فى « الفُروعِ » : ونَصُّه فى مَن غَرَسَ أرْضًا ، الثَّمرَةُ لرَبِّ الأرْضِ ، وعليه النَّفَقَةُ . وقال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفائقِ » ، وابنُ رَزِينٍ : لو أثْمَرَ ما غرَسَه الغاصِبُ ؛ فإنْ أدْرَكَه صاحِبُ الأرْضِ بعدَ الجَذاذِ ، فَللغاصِبِ ، وكذلك قبلَه . وعنه ، لمالِكِ الأَرْضِ ، وعليه النَّفَقَةُ . انتهوا . قال ابنُ رَزِينٍ ، عن القَوْلِ بأنَّه لصاحِبِ الأرْضِ : ليس بشىءٍ . قال الحَارِثِىُّ : وفيه [٢/١٨٧ ظ]

(١ - ١) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

فصل : فإن أرادَ صاحِبُ الأرْضِ أخْذَ الشَّجَرِ والبِناءِ بغيرِ عِوَضٍ ، لم يَكُنْ له ذلك ؛ لأنَّه عَيْنُ مالِ الغاصِبِ ، فلم يَمْلِكْ صاحِبُ الأرضِ أخْذَه ، كما لو وَضَع فيها أثَاثًا أو حَيَوانًا . وإن طَلَب أخْذَه بقِيمَتِه ، وأبى مالِكُه إلَّا[1] القَلْعَ ، فله ذلك ؛ لأنَّه مِلْكُه ، فمَلَكَ نَقْلَه ، ولا يُجْبَرُ على أخْذِ القِيمَةِ ؛ لأنَّها[2] مُعاوَضَةٌ ، فلم يُجْبَرْ عليها . وإنِ اتَّفقَا على تَعْوِيضِه عنه ، جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، فجازَ ما اتَّفقا عليه . وإن وَهَب الغاصِبُ الغِرَاسَ والبِناءَ لمالِكِ الأرْضِ ؛ ليَتَخَلَّصَ مِن قَلْعِه[3] ، فقَبِلَه المالِكُ ، جازَ . وإن أبى قَبُولَه ، وكان فى قَلْعِه غَرَضٌ صَحِيحٌ ، لم يُجْبَرْ على قَبُولِه ، وإن لم يَكُنْ فيه غَرَضٌ صَحِيحٌ ، احْتَمَلَ أن يُجْبَرَ عَلَى قَبُولِه ؛ لِأَنَّ فِيهِ رَفْعَ الخُصُومَةِ مِن غيرِ غَرَضٍ يَفُوتُ ، وَيَحْتَمِلُ أنْ لا يُجْبَرَ ؛ لأنَّ فِيه إجْبارًا على عَقْدٍ يُعْتَبَرُ الرِّضا فيه . وإن غَصَب [٢٦٨/٤ظ] أرضًا وغِراسًا مِن رجلٍ واحدٍ فغَرَسَه فيها ، فالكُلُّ لمالِكِ الأرْضِ . فإن طالَبَه المالِكُ بقَلْعِه ، وله فى قَلْعِه غَرَضٌ ، أُجْبِرَ على قَلْعِه ؛ لأنَّه فَوَّتَ عليه غَرَضًا مَقْصُودًا بالأرْضِ ،

الإنصاف

وَجْهٌ ، أنَّه للغاصِبِ بكُلِّ حالٍ . وحَكاه ابنُ الزَّاغُونِىِّ فى كتابِ الشُّروطِ ، رِوايَةً عن أحمدَ ، قال : وهذا أصحُّ ؛ اعتِبارًا بأَصْلِه . قال : والقِياسُ على الزَّرْعِ ضعيفٌ . واخْتارَ الحارِثِىُّ ما قدَّمه المُصَنِّفُ . وقدَّمه فى « الرِّعايَتيْن » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » . ومنها ، لو جَصَّصَ الدَّارَ وزَوَّقَها ، فحُكْمُها كالبِناءِ . قالَه

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « لأنه » .

(٣) فى الأصل ، ر : « فعله » .

الشرح الكبير

فأُخِذَ بإعادَتِها إلى ما كانت ، وعليه تَسْوِيَةُ الأَرْضِ ، ونَقْصُها ونَقْصُ الغِرَاسِ ؛ لأَنَّه نَقْصٌ حَصَلَ فى يَدِ الغاصِبِ ، أَشْبَهَ ما لو غَصَبَ طَعامًا فتَلِفَ بعضُه ، وإن لم يَكُنْ فى قَلْعِه غَرَضٌ صَحِيحٌ ، لم يُجْبَرْ على قَلْعِه ؛ لأَنَّه سَفَهٌ ، فلا يُجْبَرُ عليه . وقيلَ : يُجْبَرُ ؛ لأَنَّ المالِكَ مُحَكَّمٌ فى مِلْكِه ، والغاصِبَ غيرُ مُحَكَّمٍ . فإن أرادَ الغاصِبُ قَلْعَه ، ومَنَعَه المالِكُ ، لم يَمْلِكْ قَلْعَه ؛ لأَنَّ الجَمِيعَ مِلْكٌ للمَغْصُوبِ منه ، فلم يَمْلِكْ غيرُه التَّصَرُّفَ فيه بغيرِ إذْنِه .

فصل : والحُكْمُ فيما إذا بَنَى فى الأرضِ ، كالحُكْمِ فيما إذا غَرَس فيها فى هذا التَّفْصِيلِ جَميعِه ، إلَّا أنَّه يتَخَرَّجُ أنَّه إذا بَذَل مالِكُ الأرْضِ القِيمَةَ لصاحِبِ البِنَاءِ ، أُجْبِرَ على قَبُولِها إذا لم يَكُنْ فى النَّقْضِ غَرَضٌ صَحِيحٌ ؛ لأَنَّ النَّقْضَ سَفَهٌ . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ لِما روَى الخَلَّالُ ، بإسْنادِه عن الزُّهْرِىِّ ، عن عُرْوَةَ ، عن عائشةَ ، قالت : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ بَنَى فى رِبَاعِ قَوْمٍ بإذْنِهِمْ فَلَهُ الْقِيمَةُ ، وَمَنْ بَنَى بِغَيْرِ إذْنِهِمْ فَلَهُ النَّقْضُ »[1] . ولأنَّ ذلك مُعاوَضَةٌ ، فلا يُجْبَرُ عليها ، وإذا كانتِ الآلَةُ مِن تُرابِ الأرْضِ وأحْجارِها ، فليس للغاصِبِ النَّقْضُ ، على ما ذَكَرْنا فى الغَرْسِ .

الإنصاف

فى « الكافِى » . ولو وهَبَ ذلك لمالِكِها ، ففى إجْبارِه على قَبُولِه وَجْهان ، كالصَّبْغِ فى الثَّوْبِ ، على ما يأْتِى . ومنها ، لو غصَبَ أرْضًا ، فبَناها دارًا بتُرابٍ منها

---

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب من بنى أو غرس فى أرض غيره ، من كتاب الغصب . السنن الكبرى ٦/ ٩١ . وضعف إسناده .

الشرح الكبير

فصل : وإن غَصَب أَرْضًا ، فكَشَطَ تُرابَها ، لَزِمَه رَدُّه وفَرْشُه على ما كان ، إن طالَبَه المالِكُ وكان فيه غَرَضٌ ، وإن لم يَكُنْ فيه غَرَضٌ ، فهل يُجْبَرُ على فَرْشِه ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن . وإن مَنَعَه المالِكُ فَرْشَه أو رَدَّه ، وطَلَب الغاصِبُ ذلك ، وكان فى رَدِّه غَرَضٌ مِن إزالَةِ ضَرَرٍ أو ضَمانٍ ، فله فَرْشُه ورَدُّه ، وعليه أَجْرُ مِثْلِها مُدَّةَ شَغْلِها وأَجْرُ نَقْصِها . وإن أخَذَ تُرابَ أَرْضٍ ، فضَرَبَه لَبِنًا ، رَدَّه ولا شيءَ له ، إلَّا أن يَجْعَلَ فيه تِبْنًا له ، فله أن يَحُلَّه ويَأْخُذَ تِبْنَه . فإن كان لا يَحْصُلُ منه شيءٌ ، ففيه وَجْهان ، بِناءً على كَشْطِ التَّزْوِيقِ إذا لم يَكُنْ له قِيمةٌ ، وسنذكُره . وإن طالَبَه المالِكُ بحَلِّه ، لَزِمَه ذلك إذا كان فيه غَرَضٌ ، [٢٦٩/٤و] فإن لم يَكُنْ فيه غَرَضٌ ، فعلى وَجْهَيْنِ . فإن جَعَلَه آجُرًّا أو فَخَّارًا ، لَزِمَه رَدُّه ، ولا أُجْرَ له لعَمَلِه ، وليس له كَسْرُه ، ولا للمالِكِ إجْبارُه عليه ؛ لأنَّه سفهٌ و إتْلافٌ للمالِ وإضاعَةٌ ، وقد نَهَى النبيُّ ﷺ عن إضاعَةِ المالِ .

الإنصاف

وآلاتٍ مِنَ المَغْصُوبِ منه ، فعليه أُجْرَتُها مَبْنِيَّةً ، وإنْ كانتْ آلاتُها مِن مالِ الغاصِبِ ، فعليه أُجْرَةُ الأرْضِ دُونَ بنائِها ؛ لأنه إنَّما غصَب الأَرْضَ ، والبِناءُ له ، فلم يَلْزَمْه أُجْرَةُ مالِه ، فلو أَجَرَها ، فالأُجْرَةُ لهما بقَدْرِ قِيمَتِهما . نقَل ابنُ مَنْصُورٍ ، فى مَن بَنَى فيها ويُؤْجِرُها ، الغَلَّةُ على النَّصيبِ . ونقَل ابنُ مَنْصُورٍ أيضًا ، ويكونُ شَريكًا بزِيادَةِ بِناءٍ . ومنها ، لو طَلَبَ أخْذَ البِناءِ أو الغِراسِ بقِيمَتِه ، وأبَى مالِكُه إلَّا القَلْعَ ، فله ذلك ، ولا يُجْبَرُ على أخْذِ القِيمَةِ . وفى البِناءِ تخْريجٌ ، إذا بَذَلَ صاحِبُ الأرْضِ لصاحِبِ القِيمَةِ ، أنَّه يُجْبَرُ على قَبُولِها ، إذا لم يَكُنْ فى النَّقْضِ غَرَضٌ صحيحٌ . وهو للمُصَنِّفِ . والمذهبُ ، الأوَّلُ . وذكَرَ ابنُ عَقِيلٍ رِوايةً فيه ، لا

الشرح الكبير

فصل : وعليه ضَمانُ نَقْصِ الأَرْضِ إن نَقَصَتْ بالغَرْسِ والبِناءِ . وهكذا كلُّ عَيْنٍ مَغْصُوبَةٍ ، على الغاصِبِ ضَمانُ نَقْصِها ، إذا كان نَقْصًا مُسْتَقِرًّا ، كإناءٍ تكَسَّرَ ، وطَعامٍ سَوَّسَ (١)أو تَلِف بعضُه ، وثَوْبٍ تخَرَّقَ ؛ لأنَّه نَقْصٌ حَصَل فى يَدِ الغاصِبِ ، فوَجَبَ ضَمانُه ، كتَلَفِ بعضِ الطَّعامِ وذِراعٍ مِن الثَّوْبِ(١) . وبه قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : إذا شَقَّ لرجلٍ ثَوْبًا شَقًّا قَلِيلًا ، أخَذَ أَرْشَه ، وإن كثُرَ ، فصاحِبُه بالخِيارِ بين تَسْلِيمِه وأَخْذِ قِيمَتِه ، وبينَ إمْساكِه مع الأَرْشِ . ورُوِىَ عن أحمدَ كَلامٌ

الإنصاف

يَلْزَمُه ، ويُعْطِيه قِيمَتَه . ونقلَه ابنُ الحَكَمِ . ورَوَى الخَلَّالُ فيه ، عن عائِشَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، مَرْفُوعًا : « له ما نقصَ » . قال أبو يَعْلَى الصَّغِيرُ : هذا مَنَعنا مِنَ القِياسِ . ونقَل جَعْفَرٌ فيها ، لرَبِّ الأَرْضِ أَخْذُه . وجزَم به ابنُ رَزِينٍ ، وزادَ ، وترْكُه بأُجْرَةٍ . انتهى . ومنها ، إنِ اتَّفَقا على القِيمَةِ ، فالواجِبُ قِيمَةُ الغِراسِ مَقْلُوعًا . حَكاه ابنُ أبِى مُوسى وغيرُه . وإنْ وَهَبَهما الغاصِبُ لرَبِّ الأَرْضِ ؛ لِيَدْفَعَ عن نَفْسِه كُلْفَةَ القَلْعِ ، فقبِلَه ، جازَ . وإنْ أبَى إلَّا القَلْعَ ، وكان فى قَلْعِه غَرَضٌ صحيحٌ ، لم يُجْبَرْ على القَبُولِ . وإنْ لم يكُنْ له فى القَلْعِ غَرَضٌ صحيحٌ ، ففى إجْبارِه على القَبُولِ احْتِمالَان . وأَطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، و « الفُروعِ » . قال فى « الرِّعايَةِ » : وإنْ وهَبَها لرَبِّ الأَرْضِ ، لم يَلْزَمْه القَبُولُ ، إنْ أرادَ القَلْعَ ، وإلَّا احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ . انتهى . قلتُ : الأَوْلَى أنَّه لا يُجْبَرُ . ومنها ، لو غَصَبَ أرْضًا و(٢)غِراسًا مِن شَخْصٍ واحدٍ ،

(١ - ١) سقط من : تش ، م .

(٢) فى الأصل : « أو » .

الشرح الكبير

يَحْتَمِلُ هذا ، فإنَّه قال فى رِوايَةِ مُوسَى بن سعيدٍ : إن شاءَ شَقَّ الثَّوْبَ ، وإن شاء مثلَه . يَعْنِى ، واللهُ أعلمُ ، إنْ شاء أَخذَ أَرْشَ الشَّقِّ . وَوَجْهُهُ أَنَّ الجِنايَةَ أَتْلَفَتْ مُعْظَمَ نَفْعِهِ ، فَكانتْ له المُطالَبَةُ بقِيمَتِه ، كما لو قَتَلَ شاةً له . وحَكَى أصْحابُ مالِكٍ عنه ، إذا جَنَى على عَيْنٍ فأتْلَفَ غَرَضَ صاحِبِها فِيها ، كان المَجْنِيُّ عليه بالخِيارِ ؛ إن شاءَ رَجَعَ بما نَقَصَتْ ، وإن شاءَ سَلَّمَها وأخذَ قِيمَتَها . ولَعَلَّ ما يُحْكَى عنه مِن قَطْعِ ذَنَبِ حِمارِ القاضِى يَنْبَنِى على ذلك ؛ لأنَّه أتْلَفَ غَرَضَه به ، فإنَّه لا يَرْكَبُه فى العادَةِ . وحُجَّتُهم أَنَّه أتْلَفَ المَنْفَعَةَ المَقْصُودَةَ مِن السِّلْعَةِ ، فلَزِمَتْه قِيمَتُها ، كما لو أتْلَفَها . ولَنا ، أَنَّها جِنايَةٌ على مالٍ أَرْشُها دُونَ قِيمَتِه ، فلم يَمْلِكِ المُطالَبَةَ بجَمِيعِ قِيمَتِه ، كما لو كان الشَّقُّ يَسِيرًا ، ولأَنَّها جنايَةٌ تَنْقُصُ بها القِيمَةُ ، أشْبَهَ ما لو لم يَتْلَفْ غَرَضُ صاحِبِها ، وفى الشَّاةِ أتْلَفَ جَمِيعَها ؛ لأنَّ الاعْتِبارَ بالمَجْنِيِّ عليه لا بغَرَضِ صاحِبِه ؛ لأنَّه إن لم يَصْلُحْ لصاحِبِه صَلَح لغَيْرِه . وعليه أَجْرُ الأرضِ منذُ غَصَبَها إلى وَقْتِ تَسْلِيمِها[1] . وهكذا كلُّ ما لَه أجْرٌ ، فعلى الغاصِبِ أَجْرُ مِثْلِه ، سَواءٌ اسْتَوْفَى المَنافِعَ أو تَلِفَتْ تحتَ يَدِه ؛ لأَنَّها تَلِفَتْ فى يَدِه العادِيَةِ ، فكان عليه عِوَضُها ، كالأعْيانِ . وفيه اخْتِلافٌ نَذْكُرُه فيما يَأْتِى إن شاءَ اللهُ تعالى . [٤/٢٦٩ظ] وإن غَصَبَ أَرْضًا فبنَاها دارًا ، فإن

الإنصاف

فغَرَسَه فيها ، فالكُلُّ لمالِكِ الأرْضِ ، فإنْ طالَبَه رَبُّ الأَرْضِ بقَلْعِه ، وله فى قَلْعِه غَرَضٌ صحيحٌ ، أُجْبِرَ عليه ، وعليه تَسْوِيَةُ الأرْضِ ونَقْصُها ونَقْصُ الغِراسِ . وإنْ

(١) فى م : « تسليمه » .

الشرح الكبير

كانت آلاتُ بنائِها مِن مالِ الغاصِبِ ، فعليه أجرُ الأرْضِ دُونَ بنائِها ؛ لأنَّه إنَّما غَصَبَ الأرْضَ ، والبِناءُ له ، فلم يَلزَمْه أجرُ مالِه ، وإن بَناهَا بتُرابٍ منها وآلاتٍ للمَغْصُوبِ منه ، فعليه أجْرُها مَبْنِيَّةً ؛ لأنَّ الدّارَ كُلَّها مِلْكٌ للمَغْصُوبِ منه ، وإنَّما للغاصِبِ فيها أثَرُ الفِعْلِ ، فلا يكونُ فى مُقابَلَتِه أجْرٌ ؛ لأنَّه وَقَع عُدْوانًا .

الإنصاف

لم يكُنْ فى قَلْعِه غرَضٌ صحيحٌ ، لم يُجْبَرْ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحَارِثِىِّ » ، و « الفرُوعِ » ، وغيرِهم . وقيل : يُجْبَرُ . وهو احْتِمالٌ للمُصَنِّفِ . وإنْ أرادَ الغاصِبُ قَلْعَه ابْتداءً ، فله مَنْعُه . قالَه الحارِثِىُّ ، وصاحِبُ « الرِّعايةِ » ، وغيرُهما ، ويَلْزَمُه أُجْرَتُه مَبْنِيًّا ، كما تقدَّم .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو غرَسَ المُشْتَرِى مِنَ الغاصِبِ ، و لم يَعْلَمْ بالحالِ ، فقال ابنُ أبِى مُوسى ، والقاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وتَبِعَه عليه المُتأَخِّرون : للمالِكِ قَلْعُه مجَّانًا ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى بالنَّقْصِ على مَن غرَّه . قال الحَارِثِىُّ : الحُكْمُ كما تقدَّم . قالَه أصحابُنا . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وقال فى « القاعِدَةِ السَّابِعَةِ والسَّبْعِين » : المَنْصُوصُ أنَّه يتمَلَّكُه بالقِيمَةِ ، ولا يقْلَعُ مجَّانًا ، نقَلَه حَرْبٌ ، ويَعْقُوبُ بنُ بَخْتانَ . قال : ولا يَثْبُتُ عن أحمدَ سِوَاه ، وهو الصَّحيحُ . انتهى . ويأْتِى فى كلامِ المُصنِّفِ ما هو أعَمُّ مِن ذلك ، فى البابِ فى قوْلِه : وإنِ اشْتَرى أرْضًا فغَرَسَها ، أو بَنَى فيها ، فخَرَجَتْ مُسْتَحَقَّةً . الثَّانيةُ ، الرَّطْبَةُ ونحوُها ، هل هى كالزَّرْعِ فى الأحْكامِ المُتَقَدِّمَةِ ، أو كالغِراسِ ؟ فيه احْتِمالان . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « قواعدِ ابنِ رَجَبٍ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ؛ أحدُهما ، أنَّه كالزَّرْعِ . قدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » ، وقال : لأنَّه زَرْعٌ ليس له

الشرح الكبير

فصل : وإن غَصَب دارًا فنَقَضَها و لم يَبْنِها ، فعليه أَجْرُ دارٍ إلى حينِ نَقْضِها ، وأَجْرُها مَهْدُومَةً مِن حينِ نَقْضِها إلى حينِ رَدِّها ؛ لأنَّ البناءَ انْهَدَمَ وتَلِفَ ، فلم يَجِبْ أجْرُه مع تَلَفِه . وإن نَقَضَها ، ثم بَناهَا بآلَةٍ مِن عندِه ، فالحُكْمُ كذلك . وإن بناها بآلَتِها أو آلَةٍ من تُرابِها ، أو مِلْكِ المَغْصُوبِ منه ، فعليه أجْرُها عَرْصَةً منذُ نَقَضَها إلى أن بَناهَا ، وأَجْرُها دارًا فيما قبلَ ذلك وبعدَه ؛ لأنَّ البناءَ للمالِكِ . وحُكْمُها فى نَقْضِ بِنائِها الذى بَناه الغاصِبُ حُكْمُ ما لو غَصَبَها عَرْصَةً فبَناهَا . وإن كان الغاصِبُ باعَها فبَنَاها المُشْتَرِى ، أو نَقَضَها ثم بَنَاها ، لم يَخْتَلِفِ الحُكْمُ ، وللمالِكِ مُطالَبَةُ مَن شاءَ منهما ، والرُّجُوعُ عليه ، فإن رَجَع على الغاصِبِ ، رَجَع الغاصِبُ على المُشْتَرِى بقِيمَةِ ما تَلِفَ[1] مِن الأعْيانِ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ دَخَل على أنَّه مَضْمُونٌ عليه بالعِوَضِ ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه ، وإن رَجَع المالِكُ على المُشْتَرِى ، رَجَع المُشْتَرِى على الغاصِبِ بنَقْصِ[2] التَّالِفِ ، و لم يَرْجِعْ بقِيمَةِ ما تَلِفَ . وهل يَرْجِعُ كلُّ واحِدٍ منهما على صاحِبِه بالأجْرِ ؟ على رِوايَتَيْنِ . وليس له مُطالَبَةُ المُشْتَرِى مِن الأَجْرِ إلَّا بأَجْرِ مُدَّةِ مُقامِها فى يَدِه ؛ لأنَّ يَدَه إنَّما تَثْبُتُ حِينَئِذٍ .

الإنصاف

فَرْعٌ قَوِىٌّ ، فأَشْبَهَ الحِنْطَةَ . قال الزَّرْكَشِىُّ : ويدْخُلُ فى عُمومِ كلامِ الخِرَقِىِّ .
قلتُ : وكذا غيرُه . والوَجْهُ الثَّانى ، هو كالغِراسِ قال النَّاظِمُ :

وكالغَرْسِ فى الأَقْوَى ، المُكَرَّرُ جَذُّه .

---

(١) فى تش ، م : « أتلف » .
(٢) فى تش ، م : « فى نقص » .

المقنع

وَإِنْ غَصَبَ لَوْحًا ، فَرَقَّعَ بِهِ سَفِينَةً ، لَمْ يُقْلَعْ حَتَّى تَرْسُوَ .

الشرح الكبير

٢٣٠١ – مسألة : (وإن غَصَب لَوْحًا ، فرَقَّعَ به سَفِينَةً ، لم يُقْلَعْ حتى تَرْسُوَ) (١)إذا غَصَب لَوْحًا فرَقَّعَ به سَفِينَةً وكانت على السّاحِلِ ، رَدَّه . وإن كانت فى لُجَّةِ البَحْرِ واللَّوْحُ فى أعْلاها بحيثُ لا تَغْرَقُ بقَلْعِه ، لَزِم قَلْعُه . وإن خِيفَ غَرَقُها بذلك ، لم يُقْلَعْ حتى[٤/٢٧٠و] تَخرُجَ إلى السّاحِلِ(١) . ولصاحِبِ اللَّوْحِ طَلَبُ قِيمَتِه ، فإذا أمْكَنَ رَدُّ اللَّوْحِ ، اسْتَرْجَعَه ورَدَّ القِيمَةَ ، كما لو غَصَب عَبْدًا ، فأَبَقَ . وقال أبو الخَطَّابِ : إن كان فيها حَيَوانٌ له حُرْمَةٌ أو مالٌ لغيرِ الغاصِبِ(٢) ، لم يُقْلَعْ ، كالخَيْطِ .

الإنصاف

ويأْتِى قريبًا : لو حفَرَ فى الأَرْضِ بِئْرًا .

قوله : وإنْ غصَب لَوْحًا فرَقَعَ به سَفِينَةً ، لم يُقْلَعْ حتى تَرْسَى . يعنِى ، إذا كان يُخافُ مِن قَلْعِهِ . وهذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . قال فى « القَواعِدِ الأُصوليَّةِ » : هو المذهبُ عندَ الأصحابِ . وقيل : يُقْلَعُ ، إلَّا أنْ يكونَ فيه حَيوانٌ مُحْتَرَمٌ ، أو مالٌ للغَيْرِ . جزَم به فى « عُيونِ المَسائلِ » ، وهو احْتِمالٌ لأبِى الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » . قال الحارِثِىُّ : ومُطْلَقُ كلامِ ابنِ أَبِى مُوسى يَقْتَضِيه ؛ فإنَّه قال : مَنِ اغْتَصَبَ ساجَةً ، فبَنَى عليها حائِطًا ، أو جعَلها فى سَفِينَةٍ ، قُلِعَتْ مِنَ الحائطِ أوِ السَّفِينَةِ ، وإنِ اسْتُهْدِما بالقَلْعِ . انتهى .

(١ – ١) فى تش ، م : « إذا كانت السفينة يخاف غرقها بقلع اللوح لم يقلع حتى تخرج إلى الساحل وإن كان فى أعلاها لا تغرق بقلعه لزمه قلعه » .

(٢) فى الأصل : « صاحب اللوح » وفى ر ، ق : « صاحبه » .

المقنع

وَإِنْ غَصَبَ خَيْطًا ، فَخَاطَ بِهِ جُرْحَ حَيَوَانٍ ، وَخِيفَ عَلَيْهِ مِنْ قَلْعِهِ ، فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْحَيَوَانُ مَأْكُولًا لِلْغَاصِبِ ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ رَدُّهُ وَيُذْبَحُ الْحَيَوَانُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

وإن كان فيها مالٌ للغاصِبِ ، أو لا مالَ فيها ، فكذلك ، في[1] أحَدِ الوَجْهَيْنِ . والثانى ، يُقْلَعُ فى الحالِ ؛ لأنَّه أمْكَنَ رَدُّ المَغْصُوبِ ، فلَزِمَه وإن أفْضَى إلى تَلَفِ مالِ الغاصِبِ ، كرَدِّ السّاجَةِ المَبْنِيِّ عليها . ولأصحابِ الشافِعِيِّ وَجْهان كهذَيْن . ولَنا ، أنَّه أمْكَنَ رَدُّ المَغْصُوبِ مِن غيرِ إتْلافٍ ، فلم يَجُزِ[2] الإتْلافُ ، كما لو كان فيها مالُ غيرِه . وفارَقَ السّاجَةَ فى البِناءِ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ رَدُّها مِن غيرِ إتْلافٍ .

٢٣٠٢ - مسألة : (وإن غَصَب خَيْطًا ، فخاطَ به جُرْحَ حَيَوانٍ ، وخِيفَ عليه مِن قَلْعِه ، فعليه قِيمَتُه ، إلَّا أن يكونَ الحَيَوانُ مَأْكُولًا للغاصِبِ ، فهل يَلْزَمُه رَدُّه ويُذْبَحُ الحَيَوانُ ؟ على وَجْهَيْن) هذه المسألةُ

الإنصاف

فائدة : حيث يَتأَخَّرُ القَلْعُ ، فلِلمالِكِ القِيمَةُ ، ثم إذا أمْكَنَ الرَّدُّ ، أخَذَه مع الأَرْشِ ، إنْ نقصَ ، واسْتَرَدَّ الغاصِبُ القِيمَةَ [٢/١٨٨ و] كما لو أبَقَ المَغْصُوبُ . قالَه الحارِثِيُّ . قلتُ : وقد شَمِلَه كلامُ المُصَنِّفِ الآتِى ؛ حيثُ قال : وإنْ غَصَبَ عَبْدًا ، فأَبَقَ ، أو فَرَسًا ، فشَرَدَ ، أو شَيْئًا تعَذَّرَ ردُّه مع بَقائِه ، ضَمِنَ قِيمَتَه . ولو قِيلَ بأنَّه تتعَيَّنُ له الأُجْرَةُ إلى أنْ يَقْلَعَ ، لكانَ مُتَّجِهًا .

قوله : وإنْ غصَب خَيْطًا ، فخاطَ به جُرْحَ حَيَوانٍ ، وخِيفَ عليه مِن قَلْعِه ،

---

(١) سقط من : م .

(٢) بعده فى تش ، م : « مع » .

الشرح الكبير

لا تَخْلُو مِن ثَلاثَةِ أقْسامٍ ؛ أحدُها ، أن يَخِيطَ به جُرْحَ حَيَوانٍ لا حُرمَةَ له ؛ كالمُرْتَدِّ والخِنْزِيرِ والكَلْبِ العَقُورِ ، فيَجِبُ رَدُّه ؛ لأنَّه لا[1] يَتضَمَّنُ تَفْوِيتَ ذِى حُرْمَةٍ ، أشْبَهَ ما لو خاطَ به ثَوْبًا . الثانى ، أن يَخِيطَ به جُرْحَ حَيَوانٍ مُحْتَرَمٍ لا يَحِلُّ أكْلُه ، كالآدَمِىِّ ، فإن خِيفَ مِن نَزْعِه الهَلاكُ أو إبْطَاءُ بُرْئِه ، فلا يَجِبُ ؛ لأنَّ الحَيَوانَ آكَدُ حُرْمَةً مِن عَيْنِ[2] المالِ ، ولهذا جازَ له أخْذُ مالِ غيرِه لحِفْظِ حَياتِه ، وإتْلافُ المالِ لتَبْقِيَتِه ، وهو ما يَأْكُلُه . وكذلك الدَّوابُّ التى لا يُؤْكَلُ لَحْمُها ، كالبَغْلِ والحِمارِ الأَهْلِىِّ . الثالثُ ، أن يَخِيطَ به جُرْحَ حَيَوانٍ مَأْكُولٍ ، فإن كان مِلْكًا لغيرِ الغاصِبِ ، وخِيفَ تَلَفُه بقَلْعِه ، لم يُقْلَعْ ؛ لأنَّ فيه إضْرارًا بصاحِبِه ، ولا يُزالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ ، ولا يَجِبُ إتْلافُ مالِ مَن لم يَجْنِ صِيانَةً لمالِ آخَرَ ، وإن كان للغاصِبِ ، فقال القاضِى : يَجِبُ رَدُّه ؛ لأنَّه يُمْكِنُ ذَبْحُ الحَيَوانِ والانْتِفاعُ بلَحْمِه ، وذلك جائزٌ ، وإن حَصَل فيه نَقْصٌ على الغاصِبِ فليس ذلك بمانِعٍ

الإنصاف

فعليه قِيمَتُه ، إلَّا أنْ يَكونَ الحَيَوانُ مَأْكُولًا للغاصِبِ ، فهل يَلْزَمُه رَدُّه ، ويُذْبَحُ الحَيَوانُ ؟ على وجهَيْن . إذا غَصَبَ خَيْطًا وخاطَ به جُرْحَ حَيَوانٍ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يُخافَ على الحَيَوانِ بقَلْعِه ، أوْ لا ، فإنْ لم يُخَفْ عليه بقَلْعِه ، قُلِعَ . وإنْ خِيفَ عليه ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ مأْكُولًا أوْ لا ، فإنْ لم يكُنْ مأْكولًا ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ مُحْتَرَمًا ، أوْ لا ، فإنْ كان غيرَ مُحْتَرَمٍ ؛ كالمُرْتَدِّ ، والكَلْبِ العَقُورِ ، والخِنْزِيرِ ، ونحوِها ، فله قَلْعُه منه ، بلا نِزاعٍ . وإنْ كان مُحْتَرَمًا ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا

---

(١) سقط من : تش ، م .

(٢) فى تش ، م : « غير » .

الشرح الكبير

مِن وُجُوبِ رَدِّ المَغْصُوبِ ، كنَقْضِ البِنَاءِ . وقال أبو الخَطّاب : [٢٧٠/٤ظ] فيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، هذا . والثانى ، لا يَجِبُ قَلْعُه ؛ لأنَّ للحَيوانِ حُرْمَةً فى نَفْسِه ، وقد نَهَى النبىُّ ﷺ عن ذَبْحِ الحَيَوانِ لغيرِ مَأْكَلَةٍ[1] . ولأصْحابِ الشافعىِّ وَجْهان كهذَيْن . قال شيخُنا[2] : ويَحْتَمِلُ أن يُفَرَّقَ بينَ ما يُعَدُّ للأَكْلِ مِن الحيوانِ ، كبَهِيمَةِ الأنْعامِ والدَّجاجِ ، وبينَ ما لا يُعَدُّ له ، كالخَيْلِ ، وما يُقْصَدُ صَوْتُه مِن الطَّيْرِ ؛ فيَجِبُ ذَبْحُ الأَوَّلِ إذا تَوَقَّفَ رَدُّ الخَيْطِ عليه ، ولا يَجِبُ ذَبْحُ الثانى ؛ لأنَّه إتْلافٌ له ، فجَرَى مَجْرَى ما لا يُؤْكَلُ لَحْمُه . ومتى أمْكَنَ رَدُّ الخَيْطِ مِن غيرِ تَلَفِ الحَيَوانِ ، أو بعضِ أعْضائِه ، أو ضَرَرٍ كَثِيرٍ ، وَجَب رَدُّه .

الإنصاف

أنْ يكونَ آدَمِيًّا ، أو غيرَه ، فإنْ كان آدَمِيًّا ، لم يُقْلَعْ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، إذا خِيفَ عليه الضَّرَرُ ، وتُؤْخَذُ قِيمَتُه . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، واخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والحارِثِىُّ ، وغيرُهم . وقيل : لا تُؤْخَذُ قِيمَتُه إلَّا إذا خِيفَ تَلَفُه ، ويُقْلَعُ كغيرِه مِنَ الحَيَواناتِ المُحْتَرَمَةِ ؛ فإنَّه لا بُدَّ فيها مِن خَوْفِ التَّلَفِ على الصحيحِ . وفيه احْتِمالٌ . وهذا القَوْلُ ظاهِرُ ما قطَع به فى « الفائقِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ؛ لأنَّهم قيَّدُوه بالتَّلَفِ . وقدَّمه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » . وهو احْتِمالٌ للقاضى ، وابنِ عَقِيلٍ . وإنْ كان مأْكُولًا ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ للغاصِبِ ، أوْ لا ، فإن لم يكُنْ للغاصِبِ ،

---

(١) تقدم تخريجه فى ٦١/١٠ .
(٢) فى : المغنى ٤٠٨/٧ .

المقنع

وَإِنْ مَاتَ الْحَيَوَانُ ، لِزَمَهُ رَدُّهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ آدَمِيًّا .

الشرح الكبير

٢٣٠٣ – مسألة : (فإن مات الحَيوانُ ، لَزِمَه رَدُّه ، إلَّا أن يكونَ آدمِيًّا) مَعْصُومًا ؛ لأنَّ غيرَ الآدَمِيِّ لا حُرْمَةَ له بعدَ المَوْتِ ، وحُرْمَةُ الآدَمِيِّ باقِيةٌ ؛ ولهذا قال ، عليه الصَّلاةُ والسَّلامُ : « كَسْرُ عَظْمِ المَيِّتِ كَكَسْرِهِ وَهُوَ حَيٌّ »[1] . فعلى هذا يَرُدُّ قِيمَتَه .

الإنصاف

لم يُقْلَعْ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » وغيرِهم . وإنْ كان للغاصِبِ ، وهى مسْأَلَةُ المُصَنِّفِ ، فأَطْلَقَ الوَجْهَيْن ، وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « شَرْحِ الحَارِثِىِّ » ، و « ابنِ مُنَجَّى »؛ أحدُهما ، يُذْبَحُ ، ويَلْزَمُه ردُّه . وهو المذهبُ . اخْتارَه القاضى وغيرُه . قالَه الحَارِثِىُّ. وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الكافِى » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يُذْبَحُ ، وتُرَدُّ قِيمَتُه . قدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَتيْن » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » . وفيه وَجْهٌ ثالِثٌ ، إنْ كان مُعَدًّا للأَكْلِ ؛ كبَهِيمَةِ الأنْعامِ ، والدَّجاجِ ، ونحوِه ، ذُبِحَ ، ورَدَّه ، وإلَّا فلا . وهو احْتِمالٌ للمُصَنِّفِ . قال الحارِثِىُّ: وهو حَسَنٌ. وأطْلَقهنَّ فى « الشَّرْحِ »، و « الفُروعِ » .

قوله : وإنْ ماتَ الحَيوانُ ، لَزِمَه رَدُّه ، إلَّا أَنْ يَكُونَ آدَمِيًّا . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحَارِثِىِّ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرُهم مِنَ الأصحابِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : يَلْزَمُه ردُّه بمَوْتِ الآدَمِىِّ . قال ابنُ شِهَابٍ:

(١) تقدم تخريجه فى ٦/٢٧٠ .

الشرح الكبير

فصل : إذا غَصَبَ أَرْضًا ، فحُكْمُها فى جَوازِ دُخُولِ غيرِه إليها حُكْمُها قبلَ الغَصْبِ . فإن كانت مُحَوَّطَةً ، كالدَّارِ والبُسْتانِ المُحَوَّطِ عليه ، لم يَجُزْ دُخُولُها لغيرِ مالِكِها إلَّا بإذْنِه ؛ لأنَّ مِلْكَ مالِكِها لم يَزُلْ عنها ، فلم يَجُزْ دُخُولُها بغيرِ إذْنِه ، كما لو كانتْ فى يَدِه . قال الإمامُ أحمدُ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فى الضَّيْعَةِ تَصِيرُ غَيْضَةً[1] فيها سَمَكٌ : لا يَصِيدُ فيها أحَدٌ إلَّا بإذْنِهم . وإن كانت صَحْراءَ ، جازَ الدُّخُولُ فيها ورَعْىُ حَشِيشِها . قال الإمامُ أحمدُ : لا بَأْسَ برَعْىِ الكَلَأ فى الأرْضِ المَغْصُوبةِ . وذلك لأنَّ الكَلَأ لا يُمْلَكُ بمِلْكِ الأرْضِ . ويتَخَرَّجُ فى كلِّ واحِدَةٍ مِن الصُّورَتَيْن مثلُ حُكْمِ الأُخْرى ، قِياسًا لها عليها . ونَقَل عنه المَرُّوذِىُّ ، فى دارٍ طَوَابِيقُها غَصْبٌ : لا يَدْخُلُ على والدَيْه ؛ لأنَّ دُخُولَه عليهما تَصَرُّفٌ فى الطَّوابِيقِ المَغْصُوبةِ .

الإنصاف

الحَيوانُ أكثرُ حُرْمَةً مِن بقِيَّةِ المالِ ، ولهذا لا يجوزُ مَنْعُ مائِه منه ، [2] وله قَتْلُه دَفْعًا عن مالِه ، قيل[2] : لا عن نَفْسِه .

فوائد ؛ الأُولَى ، لو غصَبَ جَوْهَرَةً ، فابْتَلَعَتْها بَهِيمَةٌ ، فقال الأصحابُ : حُكْمُها حُكْمُ الخَيْطِ . قالَه المُصنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والحارِثِىُّ ، وقال : إنْ كانتْ مأْكُولَةً ، ذُبِحَتْ على الأشْهَرِ . وقال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى »[3] : ويَحْتَمِلُ أنَّ الجَوْهَرَةَ متى كانتْ أكثرَ قِيمَةً مِن الحَيوانِ ، ذُبِحَ الحَيوانُ ، ورُدَّتْ إلى مالِكِها ،

---

(1) الغيضة : ماء يجتمع فينبت فيه الشجر .

(2 - 2) فى النسخ : « ولو قتله دفعا عن ماله قتل » ، والمثبت من الفروع ٤/٤٩٨ .

(3) انظر : المغنى ٧/٤٠٩ .

الشرح الكبير

ونَقَل عنه الفَضْلُ بنُ عبدِ الصَّمَدِ[1] ، فى رجلٍ له إخوةٌ فى أرْضٍ غَصْبٍ : يَزُورُهُم ويُرَاوِدُهُم على الخُرُوجِ [٤/٢٧١و] فإن أجَابُوه وإلَّا لم يُقِمْ معهم ، ولا يَدَعُ زيارَتَهم . يعنى يَزُورُهُم ؛ يَأْتِى بابَ دارِهم ، ويَتعَرَّفُ أخبارَهم ، ويُسَلِّمُ عليهم ، ويُكَلِّمُهُم ، ولا يَدْخلُ إليهم . ونَقَل المَرُّوذِىُّ عنه : أَكْرَهُ المَشْىَ على العَبَّارَةِ التى يَجْرِى فيها الماءُ ؛ وذلك لأنَّ العَبَّارَةَ وُضِعَتْ لعُبُورِ الماءِ لا للْمَشْىِ عليها ، (٢ورُبَّما أضَرَّ بها المَشْىُ عليها٢) . قال أحمدُ : لا يَدْفِنُ فى الأَرْضِ المَغْصُوبةِ ؛ لِما فى ذلك مِن التَّصَرُّفِ فى أَرْضِهم بغيرِ إذْنِهم . وقال أحمدُ فى مَن ابْتاعَ طَعامًا مِن مَوْضِعٍ غَصْبٍ ثم عَلِمَ : رَجع إلى المَوْضِعِ الذى أَخَذَه منه فرَدَّه . ورُوِىَ عنه أنَّه قال : يَطْرَحُه . يَعْنِى على مَن ابْتاعَه منه ؛ وذلك لأنَّ قُعُودَه فيه حَرامٌ مَنْهِىٌّ

الإنصاف

وضَمانُ الحَيوانِ على الغاصِبِ ، إلَّا أنْ يكونَ آدَمِيًّا . الثَّانيةُ ، لو ابْتَلَعَتْ شاةُ رَجُلٍ جَوْهَرَةَ آخَرَ ، غيرَ مَغْصُوبَةٍ ، وتوقَّفَ الإخراجُ على الذَّبحِ ، ذُبِحَتْ ، بقَيْدِ كَوْنِ الذَّبْحِ أقلَّ ضَرَرًا . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، ومَن تابَعَهما . قال الحارِثِىُّ : واخْتِيارُ الأصحابِ ، عدَمُ القَيْدِ ، وعلى مالِكِ الجَوْهَرَةِ ضَمانُ نقْصِ الذَّبْحِ ، إلَّا أنْ يُفَرِّطَ مالِكُ الشَّاةِ بكَوْنِ يَدِه عليها ، فلا شيءَ له ؛ لتَفْرِيطِه . الثَّالِثَةُ ، لو أدْخلَتِ الشَّاةُ رأْسَها فى قُمْقُمٍ ، ونحوِه ، ولم يُمْكِنْ إخْراجُه إلَّا بذَبْحِها أو كَسْرِه ، فهنا حالَتان ؛ إحْداهما ، أنْ تكونَ مأْكُولَةً . فللأصحابِ فيها طَرِيقان ؛ أحدُهما ، وهو

---

(١) أبو يحيى الفضل بن عبد الصمد الأصفهانى ، رجل جليل ، عنده جزء من مسائل الإمام أحمد ، لزم طرسوس ، ومات فى الأسر بعد سنة إحدى وسبعين ومائتين . طبقات الحنابلة ١/ ٢٥٤ .

(٢ - ٢) سقط من : تش ، م .

الشرح الكبير

عنه ، فكان البَيْعُ فيه مُحَرَّمًا ، ولأنَّ الشِّراءَ مِمَّن يَقْعُدُ فى المَوْضِعِ المُحَرَّمِ يَحْمِلُهم على القُعُودِ والبَيْعِ فيه ، وتَرْكُ الشِّرَاءِ منهم يَمْنَعُهُم القُعُودَ . وقال : لا يَبْتاعُ مِن الخَاناتِ التى فى الطُّرُقِ ، إلَّا أن لا يَجِدَ غيرَه ، كأنَّه بمَنْزِلَةِ المُضْطَرِّ . وقال فى السُّلْطانِ إذا بَنَى دارًا ، وجَمَع النّاسَ إليها : أَكْرَهُ الشِّراءَ منها . قال شيخُنا[1] : وهذا على سَبِيلِ الوَرَعِ ، إن شاءَ اللهُ تعالى ؛ لِما فيه مِن الإعَانَةِ على فِعْلِ المُحَرَّمِ ، والظاهِرُ صِحَّةُ البَيْعِ ؛ لأنَّه إذا صَحَّتِ الصَّلاةُ فى الدّارِ المَغْصُوبةِ فى رِوَايَةٍ ، وهى عِبادَةٌ ، فما ليس بعِبادَةٍ أَوْلَى . وقال فى مَن غَصَب ضَيْعَةً ، وغُصِبَتْ مِن الغاصِبِ ، وأرادَ الثانى رَدَّها : جَمَع بينَهما . يَعْنِى بينَ مالِكِها والغاصِبِ الأوّلِ . وإن

الإنصاف

قَوْلُ الأَكْثَرِين ؛ منهم القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، إنْ كان لا بتَفْرِيطٍ مِن أحَدٍ ، كُسِرَ القِدْرُ ، ووَجَبَ الأَرْشُ على مالِكِ البَهِيمَةِ . وإنْ كان بتَفْرِيطِ مالِكِها ، بأنْ أدْخلَ رأْسَها بيَدِه ، أو كانتْ يَدُه عليها ، ونحْوُه ، ذُبِحَتْ مِن غيرِ ضَمانٍ . وحكَى غيرُ واحدٍ وَجْهًا بعَدَمِ الذَّبْحِ ، فيَجِبُ الكَسْرُ والضَّمانُ . وإنْ كانتْ بتَفْرِيطِ مالِكِ القِدْرِ ، بأنْ أدْخلَه بيَدِه ، أو ألْقاها فى الطَّرِيقِ ، كُسِرَتْ ، ولا أَرْشَ . قال ذلك الحارِثِيُّ . الطَّرِيقُ الثَّانى ، وهو ما قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، اعْتِبارُ أَقَلِّ الضَّرَرَيْن ، إنْ كان الكَسْرُ هو الأَقَلَّ ، تعَيَّن ، وإلَّا ذُبِحَ ، والعَكْسُ كذلك . ثم التَّفْرِيطُ مِن أيِّهما حصَلَ ، كان الضَّمانُ عليه ، وإنْ لم يحْصُلْ مِن واحِدٍ منهما ، فالضَّمانُ على مالِكِ البَهِيمَةِ ، إنْ كَسَرَ القِدْرَ . وإنْ ذُبِحَتِ البَهِيمةُ ، فالضَّمانُ على

---

(١) فى : المغنى ٧/٣٨١ .

الشرح الكبير

ماتَ بعضُهم ، جَمَع وَرَثَتَه . إنَّما قال هذا احْتِياطًا ، خَوْفَ التَّبِعَةِ مِن الغاصِبِ الأوَّلِ ؛ لأنَّه رُبَّما طالَبَ بها فادَّعاها مِلْكًا باليَدِ ، وإلَّا فالواجِبُ

الإنصاف

صاحِبِ القِدْرِ . وإنِ اتَّفَقا على تَرْكِ الحالِ على ما هو عليه ، لم يَجُزْ . ولو قال مَن عليه الضَّمانُ : أنا أُتْلِفُ مالِى ، ولا أغْرَمُ شيئًا للآخَرِ . كان له ذلك . [١٨٨/٢ ظ] الحالةُ الثَّانيةُ ، أنْ تكونَ غيرَ مأْكُولَةٍ ، فتُكْسَرُ القِدْرُ ، ولا تُقْتَلُ البَهِيمَةُ بحالٍ . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : قالَه الأصحابُ . قال الحارِثِىُّ : قالَه الأكْثَرون مِنَ الأصحابِ . وعلى هذا ، لو اتَّفَقا على القَتْلِ ، لم يُمَكَّنا . وقيل : حُكْمُه حُكْمُ المَأْكُولِ ، على ما تقدَّم . وفيه وَجْهٌ ثالثٌ ، أنَّه يُقْتَلُ إنْ كانتِ الجِنايَةُ مِن مالِكِها ، أوِ القَتْلُ أقلَّ ضَرَرًا . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وأطْلَقَهنَّ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وظاهِرُ الحارِثِىِّ الإطْلاقُ . الرَّابعةُ ، لو سقَطَ دِينارٌ ، أو دِرْهَمٌ ، أو أقَلُّ أو أكْثَرُ ، فى مَحْبَرَةِ الغَيْرِ ، وعَسُرَ إخْراجُه ، فإنْ كان بفِعْلِ مالِكِ المَحْبَرَةِ ، كُسِرَتْ مجَّانًا مُطْلَقًا ، وإنْ كان بفِعْلِ مالِكِ الدِّينارِ ، فقال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ : يُخَيَّرُ بينَ تَرْكِه فيها وبينَ كَسْرِها ، وعليه قِيمَتُها . وعلى هذا ، لو بذَلَ مالِكُ المَحْبَرَةِ لمالِكِ الدِّينارِ مِثْلَ دِينارِه ، فقيلَ : يَلْزَمُه قَبُولُه . اخْتارَه صاحِبُ « التَّلْخيصِ » فيه . وقدَّمه فى « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقيل : لا يَلْزَمُه قَبُولُه . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفُروعِ » . وذكَر المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ فى إجْبارِ مالِكِ المَحْبَرَةِ على الكَسْرِ ابْتِداءً ، وَجْهَيْن ؛ أحدُهما : لا يُجْبَرُ . قالا : وعليه نَقْصُ المَحْبَرَةِ . قال الحارِثِىُّ : ويجِبُ على هذا الوَجْهِ ، أنْ يُقالَ بوُجوبِ بَذْلِ الدِّينارِ . انتهى . والوَجْهُ الثَّانى ، يُجْبَرُ ، وعلى مالِكِ الدِّينارِ ضَمانُ القِيمَةِ . واخْتارَه صاحِبُ « التَّلْخيصِ » . قال الحارِثِىُّ : وهذا الوَجْهُ هو حاصِلُ ما قال القاضى ،

الشرح الكبير

رَدُّها على مالِكِها . وقد صَرَّحَ بهذا فى رِوايَةِ عبدِ اللهِ ، فى رجلٍ اسْتَوْدَعَ رجلًا أَلْفًا ، فجاءَ رجلٌ إلى المُسْتَوْدَعِ ، فقال : إنَّ فُلانًا غَصَبَنِى الأَلْفَ

الإنصاف

وابنُ عَقِيلٍ مِنَ التَّخْيِيرِ بينَ التَّرْكِ والكَسْرِ . وكيفما كان ، لو بادَرَ وكَسَرَ عُدْوانًا ، لم يَلْزَمْه أكثرُ مِن قِيمَتِها ، وَجْهًا واحِدًا . وإنْ كان السُّقُوطُ لا بفِعْلِ أحدٍ ؛ بأنْ سقَطَ مِن مَكانٍ ، أو أَلْقَاهُ طائرٌ ، أو هِرٌّ ، وجَبَ الكَسْرُ ، وعلى رَبِّ الدِّينارِ الأَرْشُ . فإنْ كانتِ المَحْبَرَةُ ثَمِينَةً ، وامْتَنعَ ربُّ الدِّينارِ مِن ضَمانِها فى مُقابَلَةِ الدِّينارِ ، فقال ابنُ عَقِيلٍ : قِياسُ قَوْلِ أصحابِنا أنْ يُقالَ له : إنْ شِئْتَ أنْ تأْخُذَ ، فاغْرَمْ ، وإلَّا فاتْرُكْ ، ولا شىءَ لك . قال الحارِثِىُّ : والأَقْرَبُ ، إنْ شاءَ اللهُ تعالَى ، سُقوطُ حقِّه مِنَ الكَسْرِ هُنا ، ويَصْطَلِحان عليه . ولو غصَبَ الدِّينارَ وأَلْقاه فى مَحْبَرةِ آخَرَ ، أو سقَطَ فيها بغيرِ فِعْلِه ، فالكَسْرُ مُتَعَيِّنٌ ، وعلى الغاصِبِ ضَمانُها ، إلَّا أنْ يزيدَ ضررُ الكَسْرِ على التَّبْقِيَةِ فيَسْقُطَ ، ويجِبَ على الغاصِبِ ضَمانُ الدِّينارِ . ذكَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وتابَعَهما الحارِثِىُّ . الخامسةُ ، لو حصَلَ مُهْرٌ أو فَصِيلٌ فى دارِه لآخَرَ ، وتعَذَّرَ إخراجُه بدُونِ نَقْضِ البابِ ، وَجَبَ النَّقْضُ . ثم إنْ كانَ عن تَفْرِيطِ مالِكِ الدَّارِ ؛ بأنْ غصَبَه وأدْخلَه ، فلا كلامَ ، وإنْ كان لا عن تَفْرِيطٍ مِن أحَدٍ ، فضَمانُ النَّقْضِ على مالِكِ الحَيوانِ . وذكَرَ المُصَنِّفُ احْتِمالًا باعْتِبارِ أقلِّ الضَّرَرَيْن ؛ فإنْ كان النَّقْضُ أقلَّ ، فكما قُلْنا ، وإنْ كان أكْثَرَ ، ذُبِحَ . قال الحارِثِىُّ : وهذا أوْلَى . وعلى هذا ، إنْ كان الحَيوانُ غيرَ مأْكُولٍ ، تعَيَّنَ النَّقْضُ ، وإنْ كان عن تَفْرِيطِ مالِكِ الحَيوانِ ، لم يُنْقَضْ ، وذُبِحَ ، وإنْ زادَ ضَرَرُه . حكَاه فى « المُغْنِى » ، وذكَرَ صاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، وُجوبَ النَّقْضِ وغُرْمَ الأَرْشِ . وكلامُ ابنِ عَقِيلٍ نحوُه أو قريبٌ منه . قالَه الحارِثِىُّ ، وقال : الأَوَّلُ الصَّحيحُ . وإنْ كان المَغْصُوبُ خَشَبَةً ، فأَدْخلها الدَّارَ ، فهى كمَسْأَلَةِ الفَصِيلِ ؛

المقنع

فَصْلٌ : وَإِنْ زَادَ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ بِزِيَادَتِهِ ، سَوَاءٌ كَانَتْ مُتَّصِلَةً ؛ كَالسِّمَنِ وَتَعَلُّمِ صَنْعَةٍ ، أَوْ مُنْفَصِلَةً ؛ كَالْوَلَدِ وَالْكَسْبِ .
وَلَوْ غَصَبَ[١٣٨و] جَارِحًا فَصَادَ بِهِ ، أَوْ شَبَكَةً أَوْ شَرَكًا فَأَمْسَكَ شَيْئًا ، أَوْ فَرَسًا فَصَادَ عَلَيْهِ أَوْ غَنِمَ ، فَهُوَ لِمَالِكِهِ .

الشرح الكبير

الذى اسْتَوْدَعَكَهُ . وصَحَّ ذلك عندَ المُسْتَوْدَعِ . فإن لم يَخَفِ التَّبِعَةَ ، وهو أن يَرْجِعُوا به [٢٧١/٤ظ] عليه ، دَفَعَهُ إليه .

(1)**فصل** : قال الشيخُ ، رضى اللهُ عنه : (وإن زاد ، لَزِمَه رَدُّه بزِيادَتِه ، سَواءٌ كانت مُتَّصِلَةً ؛ كالسِّمَنِ وتَعَلُّمِ صَنْعَةٍ ، أو مُنْفَصِلَةً ؛ كالوَلَدِ والكَسْبِ) لأنَّه مِن نَماءِ المَغْصُوبِ ، وهو لمالِكِه ، فلَزِمَ رَدُّه ، كالأصْلِ(1).

٢٣٠٤ – مسألة : (وإن غَصَب جارِحًا فصادَ به أو شَبَكَةً أو شَرَكًا فأمْسَكَ شيئًا ، أو فَرَسًا فصادَ عليه أو غَنِم ، فهو لمالِكِه) كما لو غَصَب

الإنصاف

يَنْقُضُ البابَ لإخراجِها . السَّادسةُ ، لو باعَ دارًا وفيها ما يَعْسُرُ إخْراجُه ، فقال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، وغيرُهم : يَنْقُضُ البابَ ، وعليه ضَمانُ النَّقْضِ . وقال المُصَنِّفُ : يُعْتَبَرُ أقَلُّ الضَّرَرَيْن ؛ إنْ زادَ بَقاؤُه فى الدَّارِ ، أو تَفْكِيكُه ، إنْ كان مُرَكَّبًا ، أو ذَبْحُه ، إنْ كان حيوانًا على النَّقْضِ ، نُقِضَ مع الأرْشِ ، وإنْ كان بالعَكْسِ ، فلا نَقْضَ لعدَمِ فائِدَتِه . قال : ويَصْطَلِحان ؛ إمَّا بأنْ يَشْتَرِيَه مُشْتَرِى الدَّارِ ، أو غيرِ ذلك . انتهى .

قوله : ولو غصَبَ جارِحًا ، فصادَ به ، أو شَبَكَةً ، أو شَرَكًا ، فأَمْسَكَ شَيْئًا ،

(١ – ١) سقط من : تش ، م .

الشرح الكبير

عَبْدًا ، فصادَ ، فإنَّ الصَّيْدَ لسَيِّدِ العَبْدِ . ويَحْتَمِلُ أنَّه للغاصِبِ ؛ لأنَّ الصّائِدَ والجارِحَةَ آلَةٌ ، ولهذا اكْتُفِىَ بتَسْمِيَتِه عندَ إرْسالِ الجارِحِ . وفيما إذا غَصَب فَرَسًا أو سَهْمًا أو شَبَكَةً فصادَ به وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه للغاصِبِ ؛ لأنَّ الصَّيْدَ حَصَل بفِعْلِه ، وهذه آلاتٌ ، فأشْبَهَ ما لو ذَبَح بسِكِّينِ غيرِه . فإن قُلْنا : هو للغاصِبِ . فعليه أُجْرَةُ ذلك كلِّه مُدَّةَ مُقَامِه فى يَدِه إن كان له أجْرٌ . وإن قُلْنا : هو للمالِكِ . لم يَكُنْ له أجْرٌ فى مُدَّةِ اصْطِيادِه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّ مَنافِعَه فى هذه المُدَّةِ عادَت إلى المالِكِ ، فلم يَسْتَحِقَّ

الإنصاف

أو فَرَسًا ، فصادَ عليه ، أو غَنِمَ ، فهو لمالِكِه . إذا غَصَبَ جارِحًا ، فصادَ به ، أو فَرَسًا ، فصادَ عليه ، فالصَّيْدُ للمالِكِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال الحارِثِىُّ : هذا المذهبُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . قال فى « تجْريدِ العِنايةِ » : فلرَبِّه فى الأَظْهَرِ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وجزَم به فى ، الصَّيْدِ فى « الفائقِ » ، و « الرِّعايةِ » فى غيرِ الكَلْبِ . وقيل : هو للغاصِبِ ، وعليه الأُجْرَةُ . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » . قال الحارِثِىُّ : وهو قَوِىٌّ . وجزَم به فى « التَّلْخيصِ » ، فى صَيْدِ الكَلْبِ . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايةِ » فى الكَلْبِ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : يتَوَجَّهُ فيما إذا غَصَبَ فَرَسًا ، وكَسَبَ عليه مالًا ، أنْ يُجْعَلَ الكَسْبُ بينَ الغاصِبِ ومالِكِ الدَّابَّةِ على قَدْرِ نَفْعِهما ، بأنْ تُقَوَّمَ مَنْفَعةُ الرَّاكبِ ومَنْفَعَةُ الفَرَسِ ، ثم يُقْسَمُ الصَّيْدُ بينَهما . وتقدَّم ذلك فى الشَّرِكَةِ [٢/١٨٩ و] الفاسِدَةِ . فعلى المذهبِ ، هل يَلْزَمُ الغاصِبَ أُجْرَةُ مُدَّةِ اصْطِيادِه ، أم لا ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، « والرِّعايةِ » ، و « الفُروعِ » ؛ أحدُهما ، لا يَلْزَمُه . قدَّمه الحارِثِىُّ ، وقال : هو الصَّحيحُ . قال

الشرح الكبير

عِوَضَها على غيرِه ، كما لو زَرَع أرْضَ إنسانٍ فأخَذَ المالِكُ الزَّرْعَ بنَفَقَتِه . والثانى ، عليه أجْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّه اسْتَوْفَى مَنافِعَه ، أشْبَهَ ما لو لم يَصِدْ . ولو غَصَب عَبْدًا ، فصادَ أو كَسَب ، فالكَسْبُ للسَّيِّدِ . وفى وُجُوبِ أُجْرَةِ العَبْدِ على الغاصِبِ فى مُدَّةِ كَسْبِه وصَيْدِه الوَجْهانِ . وإن غَصَب مِنْجَلًا ، فقَطَعَ به خَشَبًا أو حَشِيشًا ، فهو للغاصِبِ ؛ لأنَّ هذه آلَةٌ ، فهو كالحَبْلِ يُرْبَطُ به .

الإنصاف

فى « تَجْريدِ العِنايةِ » : ولا أُجْرَةَ لرَبِّه مُدَّةَ اصْطِيادِه ، فى الأظْهَرِ . والوَجْهُ الثَّانى ، يَلْزَمُه . وهو قِياسُ قَوْلِ صاحبِ « التَّلْخيصِ » ، فى صَيْدِ العَبْدِ ، على ما يأتِى قريبًا . وأمَّا سَهْمُ الفَرَسِ المَغْصُوبَةِ ، فقد تقدَّم فى كلامِ المُصَنِّفِ أيضًا ، فى بابِ قِسْمَةِ الغَنِيمَةِ ، فى قَوْلِه : ومَن غصَبَ فَرَسًا ، فقَاتَلَ عليه ، فسَهْمُه لمالِكِه . وذكَرْنا الخِلافَ فيه هناك . وأمَّا إذا غصَبَ شَبَكَةً ، أو شَرَكًا ، فصادَ به ، فجزَم المُصَنِّفُ هنا ، أنَّه لمالِكِه . وهو المذهبُ . قال الحارِثِيُّ : هذا المذهبُ ، وعليه عامَّةُ الأصحابِ . وجزَم به ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، يكونُ للغاصِبِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقال فى « الفُروعِ » ، بعدَ أنْ ذكَر صَيْدَ الكَلْبِ ، والقَوْسِ : وقيل : وكذا أُحْبُولَةٌ . وجزَم به غيرُ واحدٍ فى كُتُبِ الخِلافِ ، قالُوا : على قِياسِ قَوْلِه : رِبْحُ الدَّراهِمِ لمالِكِها .

فائدة : صَيْدُ العَبْدِ المَغْصُوبِ ، وسائرُ أكْسابِه للسَّيِّدِ ، بلا نِزاعٍ . وفى لُزومِ أُجْرَتِه مُدَّةَ اصْطِيادِه وعَمَلِه ، الوَجْهانِ المُتَقَدِّمان فى الجارِحَةِ . قال فى « التَّلْخيصِ » : ولا تدْخُلُ أُجْرَتُه تحتَه ، إذا قُلْنا بضَمانِ المَنافِعِ .

المقنع

وَإِنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَقَصَرَهُ ، أَوْ غَزْلًا فَنَسَجَهُ ، أَوْ فِضَّةً أَوْ حَدِيدًا فَضَرَبَهُ ، أَوْ خَشَبًا فَنَجَرَهُ ، أَوْ شَاةً فَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا ، رَدَّ ذَلِكَ بِزِيَادَتِهِ وَأَرْشَ نَقْصِهِ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ .

الشرح الكبير

٢٣٠٥ – مسألة : (وإن غَصَب ثَوْبًا فقَصَرَه ، أو غَزْلًا فنَسَجَه ، أو فِضَّةً أو حَدِيدًا فضَرَبَه ، أو خَشَبًا فنَجَرَه ، أو شاةً فذَبَحَها وشَوَاها ، رَدَّ ذلك بزِيادَتِه وأَرْشَ نَقْصِه ، ولا شيءَ له) [١]إذا غَصَب حِنْطَةً فطَحَنَها ، أو شاةً فذَبَحَها وشَوَاها ، أو حَدِيدًا فعَمِلَه إبَرًا أو أَوَانِىَ ، أو خَشَبَةً فَنَجَرَها بابًا ، أو ثَوْبًا فقَطَعَه وخاطَه ، لم يَزُلْ مِلْكُ صاحِبِه عنه ، ويَأْخُذُه وأَرْشَ نَقْصِه ، ولا شيءَ للغاصِبِ فى زِيادَتِه[١] . هذا [٤/٢٧٢و] ظاهِرُ المَذْهَبِ . وهو قولُ الشافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ فى هذه المسائِلِ : يَنْقَطِعُ حَقُّ صاحِبِها عنها ، إلَّا أنَّ الغاصِبَ لا يَجُوزُ له التَّصَرُّفُ فيها إلَّا بالصَّدَقةِ ، إلَّا أن يَدْفَعَ قِيمَتَها فيَمْلِكَهَا ويَتَصَرَّفَ فيها كيف شاءَ . ورَوَى

الإنصاف

قوله : وإنْ غصَب ثَوْبًا فقَصَرَه ، أو غَزْلًا فنسَجَه ، أو فِضَّةً ، أو حَدِيدًا فضَرَبَه – إبَرًا أو أوانِىَ – أو خَشَبًا ، فنجَرَه بابًا ، ونحوَه ، أو شاةً فذَبَحَها وشَواها ، رَدَّ ذلك بزيادَتِه ، وأَرْشَ نَقْصِه ، ولا شىءَ له . وكذا لو غَصَبَ طِينًا ، فضَرَبَه لَبِنًا ، أو جعَلَه فَخَّارًا ، أو حبًّا ، فطَحَنَه ، ونحوَ ذلك . ذكَر المُصَنِّفُ هنا ، ما يُغَيِّرُ المَغْصُوبَ عن صِفَتِه ، ويَنْقُلُه إلى اسْمٍ آخَرَ ، كما مثَّلَ ، ونحوه ، ففى هذا يكونُ الحُكْمُ كما قال المُصَنِّفُ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفائقِ » : هذا ظاهِرُ المذْهبِ . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا

(١ – ١) سقط من : تش ، م .

الشرح الكبير

محمدُ بنُ الحَكَمِ عن أحمدَ ، ما يَدُلُّ على أنَّ الغاصِبَ يَمْلِكُها بالقِيمَةِ ، إلَّا أنَّه قولٌ قَدِيمٌ رَجَع عنه ، فإنَّ محمدًا ماتَ قبلَ أبى عبدِ اللهِ بنحوٍ مِن عِشْرِينَ سَنةً . واحْتَجُّوا بما رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ زَارَ قَوْمًا مِن الأنْصارِ فى دارِهِم ، فقَدَّمُوا إليه شاةً مَشْوِيَّةً ، فتَناوَلَ منها لُقْمَةً ، فجَعَلَ يَلُوكُها ولا يَسِيغُها ، فقال : « إنَّ هذهِ الشَّاةَ لَتُخْبِرُنِى أنَّها أُخِذَتْ بغَيْرِ حَقٍّ » . فقالوا : نعم يا رسولَ اللهِ ، طَلَبْنا فى السُّوقِ فلم نَجِدْ ، فأخَذْنا شاةً لبعضِ جيرَانِنا ، ونحن نُرْضِيهِم مِن ثَمَنِها . فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « أَطْعِمُوهَا الأَسْرَى » . رَواه أبو داودَ[1] بنَحْوٍ مِن هذا . وهذا يَدُلُّ على أنَّ حَقَّ أَصْحابِها انْقَطَعَ عنها ، ولولا ذلك لأَمَرَ بِرَدِّها عليهم . ولَنا ، أنَّ عَيْنَ[2] مالِ المَغْصُوبِ منه قائِمةٌ ، فلَزِمَ رَدُّها إليه ، كما لو ذَبَحَ الشّاةَ ولم يَشْوِهَا ، ولأنَّه لو فَعَلَه بمِلْكِه لم يَزُلْ عنه ، فكذلك إذا فَعَلَه بمِلْكِ غيرِه ، كذَبْحِ

الإنصاف

المذهبُ . قال الحارِثِىُّ : اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والأكْثَرون مِن أهْلِ المذهبِ ؛ منهم ، القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وأبو علىٍّ ابنُ شِهابٍ، وابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » . قال : وهو المُخْتارُ . قال فى « التَّلْخيصِ » : هذا الصَّحيحُ عندِى . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وعنه ، يكونُ شَرِيكًا بالزِّيادَةِ . اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، قالَه فى « الفائقِ » . قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » :

---

(١) فى : باب فى اجتناب الشبهات ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢١٩ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٥/٢٩٣ .
(٢) سقط من : الأصل .

المقنع وَعَنْهُ ، يَكُونُ شَرِيكًا بِالزِّيَادَةِ .

الشرح الكبير الشَّاةِ ، وضَرْبِ النُّقْرَةِ دَرَاهِمَ . ولأنَّه لا يُزِيلُ المِلْكَ إذا كان بغيرِ فِعْلِ آدَمِيٍّ ، فلم يُزِلْه إذا فَعَلَه آدَمِيٌّ ، كالذى ذَكَرْناه . وأمّا الخَبَرُ فليس بمَعْرُوفٍ كما رَوَوْهُ ، (١وليس١) فى رِوَايَةِ أبى داودَ : ونَحْنُ نُرْضِيهِم عَنْهَا . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّه لا شيءَ للغاصِبِ بعَمَلِه ، سَواءٌ زادَتِ العَيْنُ أو لم تَزِدْ . وهذا مَذْهَبُ الشّافِعِىِّ . (وعنه ، يكونُ شَرِيكًا بالزِّيادَةِ) ذَكَرَها أبو الخَطّابِ ؛ لأنَّها حَصَلَتْ بمَنافِعِه ، والمَنافِعُ أُجْرِيَتْ مُجْرَى الأعيانِ ، فأشْبَهَ ما لو غَصَب ثَوْبًا فصبَغَه . والمَذْهَبُ الأوّلُ . ذَكَرَه أبو بكرٍ ، والقاضِى ؛ لأنَّ الغاصِبَ عَمِلَ فى مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فلم يَسْتَحِقَّ لذلك عِوَضًا ، كما لو أغْلَى زَيْتًا فزادَتْ قِيمَتُه ، أو بَنَى حائِطًا لغيرِه ، أو زَرَع حِنْطَةَ إنْسانٍ فى أرْضِه . فأمّا صَبْغُ الثَّوْبِ ، فإنَّ [٤/٢٧٢ظ] الصِّبْغَ عَيْنُ مالٍ ، لا يَزُولُ مِلْكُ صاحِبِه عنه بِجَعْلِه مع مِلْكِ غيرِه ، وهذا حُجَّةٌ عليه ؛ لأنَّه إذا

الإنصاف الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، إنْ زادَتِ القِيمَةُ بذلك ، فالغاصِبُ شَرِيكُ المالِكِ بالزِّيادَةِ . انتهى . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « ناظِمِ المُفْرَداتِ » ، وقال : رجَّحه الأكْثَرُ فى الخِلافِ . انتهى . واخْتارَه القاضى فى « الجامعِ الصَّغِيرِ » ، والقاضى يَعْقُوبُ ، وابنُ عَقِيلٍ فى « التَّذْكِرَةِ » ، وأبو الحَسَنِ ابنُ بَكْرُوسٍ(٢) . وقيل : للغاصِبِ أُجْرَةُ عَمَلِه فقط ، إذا كانتِ

(١ - ١) سقط من : م . وليس هذا اللفظ فى المسند أيضًا .

(٢) على بن محمد بن المبارك بن أحمد بن بكروس ، البغدادى ، أبو الحسن . فقيه ، مصنف ، له كتاب « رءوس المسائل » ، و « الأعلام » . توفى سنة ست وسبعين وخمسمائة . ذيل طبقات الحنابلة ١/٣٤٨ .

المقنع

وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَمْلِكُهُ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ .

الشرح الكبير

لم يَزُلْ مِلْكُه عن صِبْغِه بجَعْلِه فى مِلْكِ غيرِه ، وجَعْلِه كالصِّفَةِ ، فَلأَنْ لا يَزُولَ مِلْكُ غيرِه بعَمَلِه فيه أَوْلَى . فإنِ احْتَجَّ بأَنَّ مَن زَرَع فى أرْضِ غيرِه تُرَدُّ عليه نَفَقَتُه ، قُلْنا : الزَّرْعُ مِلْكٌ للغاصِبِ ؛ لأَنَّه عَيْنُ[1] مالِه ، ونَفَقَتُه عليه تَزْدادُ به قِيمَتُه ، فإذا أَخَذَه مالِكُ الأَرْضِ ، احْتَسَبَ بما أَنْفَقَ على مِلْكِه ، وفى مسألتِنا عَمَلُه فى مِلْكِ المَغْصُوبِ منه بغيرِ إذْنِه ، فكان لاغِيًا ، على أَنَّنا نقولُ : إنَّما تَجِبُ قِيمَةُ الزَّرْعِ على إحدى الرِّوايَتَيْن (وقال أبو بكرٍ : يَمْلِكُه ، وعليه قِيمَتُه) لِما رَوَى محمدُ بنُ الحَكَمِ . ووَجْهُه [2]ما ذكرناه فى صدر المسألة[2] . والصَّحِيحُ الأَوَّلُ .

الإنصاف

الزِّيادةُ مِثْلَها فصاعِدًا . أَوْمَأَ إليه ابنُ أبِى مُوسى . ذكَرَه عنه فى « التَّلْخيصِ » . قال الحارِثِىُّ : قالَه ابنُ أبِى مُوسى ، والشِّيرازِىُّ . فعلى هذا ، إنْ عَمِلَ ولم يَسْتأْجِرْ ، فلا شىءَ له ، قالَه الشِّيرازِىُّ فى « المُبْهِجِ » . وقال أبو بَكْرٍ : يَمْلِكُه ، وعليه قِيمَتُه قبلَ تَغْييرِه . وهو رِوايَةٌ نقَلَها محمدُ بنُ الحَكَمِ ، إلَّا أنَّ المُصَنِّفَ ، والشَّارِحَ قالا : هو قَوْلٌ قديمٌ رجَعَ عنه ؛ فإنَّ محمدًا ماتَ قبلَ أبى عبدِ اللهِ بنَحْوٍ مِن عِشْرِين سنَةً . قلتُ : مَوْتُه قبلَ أبِى عبدِ اللهِ بعِشْرِين سنَةً لا يدُلُّ على أنَّه رجَع عنه ، بل لا بُدَّ مِن دَليلٍ على رُجُوعِه ، وإلَّا فالأَصْلُ عدَمُه . ثم وجَدْتُ الحارِثِىَّ قال نَحْوَه ؛ فقال : وليس يَلْزَمُ مِن تقدُّمِ الوَفاةِ الرُّجُوعُ ؛ إذْ مِنَ الجائزِ تقدُّمُ سَماعِ مَن تأَخَّرَتْ وفاتُه ، وكان يجِبُ ، على ما قالَ ، إلْغاءُ ما خالَفَ أبو بَكْرٍ فيه لرِوايَةِ مَن تأَخَّرَ مَوْتُه ،

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) فى م : « كما ذكرنا » .

الشرح الكبير

فصل : فإن نَقَصَتِ العَيْنُ دونَ القِيمَةِ ، رَدَّ المَوْجُودَ وقِيمَةَ النَّقْصِ ، وإن نَقَصَتِ العَيْنُ والقِيمَةُ ، ضَمِنَهما معًا ، كالزَّيْتِ إذا أَغْلاه . وهكذا القولُ فى كلِّ ما تَصرَّفَ فيه ، كنُقْرَةٍ ضَرَبَها دَراهِمَ أو حَلْيًا ، أو طِينًا جعَلَه لَبِنًا ، أو غَزْلًا نَسَجَه ، أو ثَوْبًا قَصَرَه ؛ لأنَّه نَقَص بفِعْلٍ غيرِ مَأْذُونٍ فيه ، أَشْبَهَ ما لو أَتْلَفَ بعضَه . وإن جَعَل فيه شيئًا مِن عَيْنِ مالِه ، مثلَ أن سَمَّرَ الدُّفُوفَ بمَسامِيرِه ، فله قَلْعُها ، ويَضْمَنُ ما نَقَصَتِ الدُّفُوفُ ، وإن كانت المَسامِيرُ مِن الخَشَبَةِ المَغْصُوبةِ ، أو مالِ المَغْصُوبِ منه ، فلا شيءَ للغاصِبِ ، وليس له قَلْعُها ، إلَّا أن يَأْمُرَه المالِكُ بذلك[1] فيَلْزَمَه . وإن كانت المَسامِيرُ للغاصِبِ فوَهَبَها[2] للمالِكِ ، لم يُجْبَرْ على قَبُولِها ، فى أَقْوَى الوَجْهَيْن . وإنِ اسْتَأْجَرَ الغاصِبُ على عَمَلِ شيءٍ مِن هذا الذى ذكَرْناه ، فالأَجْرُ عليه . والحُكْمُ فى زِيادَتِه ونَقْصِه كما لو فَعَل ذلك بنَفْسِه ،

الإنصاف

والأَمْرُ بخِلافِه . انتهى . وعنه ، يُخَيَّرُ المالِكُ بينَ العَيْنِ والقِيمَةِ . قال فى « الفائقِ » : وهو المُخْتارُ .

تنبيه : أَدْخَلَ المُصَنِّفُ فيما يُغيِّرُ المَغْصُوبَ عن صِفَتِه ، قَصْرَ الثَّوْبِ ، وذَبْحَ الشَّاةِ وشَيَّها . قال فى « الفُروعِ » : فذَكَر جماعَةٌ ، أنَّه كالنَّوْعِ الأَوَّلِ . قلتُ : منهم صاحِبُ « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » ، و « الوَجيزِ » و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » ، وغيرُهم . قال الحارِثِيُّ : وقد أَدْرَجَ هو وغيرُه فى هذا الأَصْلِ قِصارَةَ الثَّوْبِ ،

---

(١) سقط من : تش ، م .
(٢) فى الأصل : « قومها » .

المقنع

وَإِنْ غَصَبَ أَرْضًا ، فَحَفَرَ فِيهَا بِئْرًا ، وَوَضَعَ تُرَابَهَا فِى أَرْضِ

الشرح الكبير

وللمالكِ تَضْمِينُ النَّقْصِ مَن شاءَ منهما ، فإن غَرَّمَ الغاصِبَ ، لم يَرْجِعْ على أَحَدٍ إذا لم يَعْلَمِ الأَجِيرُ الحالَ ، وإن ضَمَّنَ الأَجِيرَ ، رَجَع على الغاصِبِ ؛ لأنَّه (1)غَرَّه . وإن عَلِم الأَجِيرُ الحالَ فغَرَّمَه ، لم يَرْجِعْ به على الغاصِبِ ؛ لأنَّه(1) أتْلَفَ مالَ غيرِه بغيرِ إذْنِه عالِمًا بالحالِ ، وإن [٢٧٣/٤ و] ضَمَّنَ الغاصِبَ ، رَجَع على الأجِيرِ ؛ لأنَّ النَّقْصَ حَصَل منه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه ، وإنِ اسْتَعانَ بمَن فَعَل ذلك ، فهو كالأجِيرِ .

٢٣٠٦ – مسألة : (وإن غَصَب أرْضًا ، فحَفَرَ فيها بِئْرًا ، ووَضَع

الإنصاف

وليس بالمُخْتارِ ؛ لانْتِفاءِ سلْبِ الاسمِ والمَعْنَى .

تنبيه ثان : أفادَ المُصَنِّفُ أنَّ ذَبْحَ الغاصِبِ للحَيوانِ المَغْصُوبِ لا يُحَرِّمُ أَكْلَه . وهو كذلك على الصَّحيحِ ، ويأْتِى ذلك عندَ تصرُّفاتِ الغاصِبِ الحُكْمِيَّةِ ، وفى بابِ القَطْعِ [١٨٩/٢ ظ] فى السَّرِقَةِ .

فائدة : ما صوَّرَه المُصَنِّفُ وغيرُه ، فى هذه المَسْأَلَةِ ، يَنْقَسِمُ إلى مُمْكِنِ الرَّدِّ إلى الحالَةِ الأُولَى ؛ كالحَلْىِ ، والأوانِى ، والدَّراهِمِ ، فيُجْبَرُ المالِكُ على الإِعادَةِ . قالَه فى « التَّلْخيصِ » ، واقْتَصرَ عليه الحارِثِىُّ . وإلى غيرِ مُمْكِنٍ ؛ كالأَبوابِ ، والفَخَّارِ ، ونحوِهما ، فليس للغاصِبِ إفْسادُه ، ولا للمالِكِ إجْبارُه عليه ، فيما عَدا الأبْوابَ ، ونحوَها . وقال ابنُ عَقِيلٍ ، فى الأَوانِى المُتَّخَذَةِ مِنَ التُّرابِ : للمالِكِ ردُّها ومُطالَبَتُه بمِثْلِ التُّرابِ .

قوله : وإنْ غصَبَ أَرْضًا ، فحَفَرَ فيها بِئْرًا ، ووَضَعَ تُرابَها فِى أَرْضِ مالِكِها ،

(١ – ١) سقط من : م .

المقنع مَالِكِهَا ، لَمْ يَمْلِكْ طَمَّهَا إِذَا أَبْرَأَهُ الْمَالِكُ مِنْ ضَمَانِ مَا يَتْلَفُ بِهَا ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير تُرابَها فى أرْضِ مالِكِها ، لم يَمْلِكْ طَمَّها إذا أبْرَأه المالِكُ مِن ضَمانِ ما يَتْلَفُ بها ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن) (١ إذا غَصَب أرضًا ، فحَفَرَ فيها بِئْرًا١) فطَالبَه(٢) المالِكُ بطَمِّها ، لَزِمَه ؛ لأنَّه يَضُرُّ بالأرْضِ ، ولأنَّ التُّرابَ مِلْكُه نَقَلَه مِن مَوْضِعِه ، فلَزِمَه رَدُّه ، كتُرابِ الأرْضِ . وكذلك إن حَفَر فيها نَهْرًا ، أو حَفَر بِئْرًا فى مِلْكِ رجلٍ بغيرِ إذْنِه . وإن أرادَ الغاصِبُ طَمَّها فمَنَعَه المالِكُ ، نَظَرْنا ؛ فإن كان له غَرَضٌ فى طَمِّها ، بأن يَسْقُطَ عنه ضَمانُ ما يَقَعُ فيها ، أو يكونَ قد نَقَل تُرابَها إلى مِلْكِه أو مِلْكِ غيرِه ، أو طَرِيقٍ يَحْتاجُ إلى تَفْرِيغِه ، فله ذلك ؛ لِما فيه مِن الغَرَضِ . وبه قال الشّافِعِىُّ . وإن لم يَكُنْ له غَرَضٌ (١فى طَمِّ البِئْرِ١) ، مثلَ أن يكونَ قد وَضَع التُّرابَ فى مِلْكِ المَغْصُوبِ منه(٣) ، وأبْرَأَه مِن ضَمانِ ما يَتْلَفُ بها ، لم يَكُنْ له طَمُّها ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّه إتْلافٌ لا نَفْعَ فيه ، فلم يَكُنْ له فِعْلُه ، كما لو غَصَب نُقْرَةً

الإنصاف لم يَمْلِكْ طَمَّها ، إذا أبْرأه المالِكُ من ضَمانِ ما يَتْلَفُ بها ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْن . إذا حفَرَ بِئْرًا ، أو شَقَّ نَهْرًا ، ونحوَه ، فى أرْضٍ غصَبَها ، فطالَبَه المالِكُ بطَمِّها ، لَزِمَه ذلك إنْ كان لغَرَضٍ . قالَه الحارِثِىُّ . وإنْ أرادَ الغاصِبُ طَمَّها ابْتِداءً ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ

(١ - ١) سقط من : م .
(٢) فى م : « إذا طمه » .
(٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

فطَبَعَها دَرَاهِمَ ثم أرادَ رَدَّها نُقْرَةً . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والمُزَنِيُّ ، وبعضُ الشّافِعِيّةِ . وقال بعضُهم : له طَمُّها . وهو الوَجْهُ الثانى لنا ؛ لأنَّه لا يَبْرَأُ مِن الضَّمانِ بإبْراءِ[1] المالِكِ ، لكَوْنِه أبْرَأَ مِمّا لم يَجِبْ بعدُ ، وهو أيضًا

الإنصاف

يكونَ لغَرَضٍ صَحيحٍ ، أوْ لا ، فإنْ كان لغَرَضٍ صَحيحٍ ؛ كإسْقاطِ ضَمانِ ما يقَعُ فيها ، أو يكونُ قد نقَلَ تُرابَها إلى مِلْكِه ، أو مِلْكِ غيرِه ، أو إلى طَريقٍ يحْتاجُ إلى تَفْريغِه ، فله طَمُّها مِن غيرِ إذْنِ ربِّها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وهو ظاهرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » . واخْتارَه القاضى . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الحَارِثِىِّ » ، و « الخُلاصَةِ » . وقيل : لا يَمْلِكُ طَمَّها إلَّا بإذْنِه . وهو ظاهرُ ما قدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، على ما يأْتِى مِن كلامِهما . وإنْ لم يكُنْ له غرَضٌ صحيحٌ فى ذلك ، وهى مسْألَةُ المُصَنِّفِ ؛ مِثْلَ أنْ يكونَ قد وضَع التُّرابَ فى أرْضِ مالِكِها ، أو فى مَواتٍ ، أو أبْرَأَه مِن ضَمانِ ما يتْلَفُ بها ، قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : أو منَعَه منه ، فهل يَمْلِكُ طَمَّها ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الحارِثِىِّ » ؛ أحدُهما ، لا يَمْلِكُ طَمَّها . وهو الصَّحيحُ . نصَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . واخْتارَه أبو الخَطَّابِ . والوَجْهُ الثَّانى ، يَمْلِكُه . اخْتارَه القاضى . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » : وإنْ غَصَبَ دارًا ، فحفَرَ فيها بِئْرًا ، ثم اسْتَرَدَّها مالِكُها ، فأرادَ الغاصِبُ طَمَّ البِئْرِ ، لم يكُنْ له ذلك . وقال القاضى : له ذلك مِن غيرِ رِضَا المالِكِ . وقال أبو الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » : ليس له ذلك إذا أبْرَأَه

(١) فى الأصل : « فأبرأ » .

الشرح الكبير

إبْراءٌ مِن حَقٍّ غيرِه وهو الواقِعُ فيها . ولَنا ، أنَّ الضَّمانَ إنَّما يَلْزَمُه لوُجُودِ التَّعدِّى ، فإذا رَضِىَ صاحِبُ الأرضِ زالَ التَّعدِّى ، فزَالَ الضَّمانُ ، وليس هذا إبْراءً مِمّا يَجِبُ ، إنَّما هو إسْقاطُ التَّعدِّى برِضَاه به . وهكذا يَنْبَغِى أن يكونَ الحُكْمُ إذا لم يَتَلفَّظْ بالإبْراءِ ، لكن مَنَعَه مِن طَمِّها ؛ لأنَّه يَتَضَمَّنُ رِضَاه بذلك .

الإنصاف

المالِكُ مِن ضَمانِ ما يتْلَفُ فيها . انتهيا . وأطْلَقهنَّ فى « المُذْهَبِ » . قال فى « التَّلْخيصِ » : وأصْلُ اخْتِلافِ القاضى ، وأبِى الخَطَّابِ ، هل الرِّضَا الطارِئُ كالمُقارِنِ للحَفْرِ ، أمْ لا ؟ والصَّحيحُ ، أنَّه كالمُقارِنِ . انتهى . وقال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » : وإنْ حفَرَ فيها بِئْرًا أو نحوَها ، فله طَمُّها مُطْلَقًا . وإنْ سَخِطَ رَبُّها ، فأَوْجُهٌ ؛ النَّفْىُ ، والإثْباتُ . والثَّالثُ ، إنْ أبْرَأه مِن ضَمانِ ما يتْلَفُ بها ، وصحَّ فى وَجْهٍ ، فلا . زادَ فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » وَجْهًا رابِعًا ، وهو إنْ كان غرَضُه فيه صَحِيحًا ؛ كدَفْعِ ضَرَرٍ ، وخَطَرٍ ، ونحوِهما ، وإلَّا فلا . وخامِسًا ، وهو إنْ ترَكَ تُرابَها فى أرْضِ غيرِ رَبِّها ، فلا . وقيل : بلَى ، مع غَرَضٍ صحيحٍ . انتهى . وتقدَّم ذلك ، والصَّحيحُ منه .

تنبيهان ؛ أحدُهما ، فى القَوْلِ المَحْكِىِّ عنِ القاضى . قال الحارِثِىُّ : إنْ كانَ مأْخوذًا مِن غيرِ كتابِ « المُجَرَّدِ » ، فنَعم ، وإنْ كان مِنَ « المُجَرَّدِ » ، فكَلامُه فيه مُوافِقٌ لأبِى الخَطَّابِ ؛ فإنَّه قال ، وذكَر كلامَه . قلتُ : النَّاقِلُ عنِ القاضِى تِلْميذُه أبو الخَطَّابِ فى « الهِدايةِ » ، وهو أعلمُ بكَلامِه مِن غيرِه ، وللقاضِى فى مَسائِلَ كثيرَةٍ القَوْلان والثَّلاثَةُ ، وكُتُبُه كثيرةٌ . الثَّانى ، ظاهِرُ كلامِ أبِى الخَطَّابِ ، وجماعَةٍ ، أنَّه إذا أبْرَأه المالِكُ مِن ضَمانِ ما يتْلَفُ بها ، أنَّه يصِحُّ ، ويَبْرَأُ . وهو أحدُ الوَجْهَيْن . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وابنُ عَقِيلٍ ، والقاضى فى « المُجَرَّدِ » .

المقنع

وَإِنْ غَصَبَ حَبًّا فَزَرَعَهُ ، أَوْ بَيْضًا فَصَارَ فِرَاخًا ، أَوْ نَوًى فَصَارَ غَرْسًا ، رَدَّهُ ، وَلَا شَىْءَ لَهُ وَيَتَخَرَّجُ فِيهِ مِثْلُ الَّذِى قَبْلَهُ .

الشرح الكبير

٢٣٠٧ – مسألة : (وإن غَصَب حَبًّا فزَرَعَه ، أو نَوًى فصار غَرْسًا ، أو بَيْضًا فصارَ فِراخًا ، رَدَّه ، ولا شىءَ للغاصِبِ) لأنَّه عَيْنُ مالِ المَغْصُوبِ منه . ويَتَخَرَّجُ أن يَمْلِكَه الغاصِبُ ، كما إذا قَصَر الثَّوْبَ ، أو ضَرَب الفِضَّةَ ، لكَوْنِه غَيَّره بفِعْلِه ، والتَّغْيِيرُ[1] فى البَيْضَةِ أعْظَمُ ، فإنَّه اسْتَحالَ بزَوالِ اسْمِه ، فعلى هذا ، يَتَخَرَّجُ أيضًا أن يكونَ [٢٧٣/٤ظ] شَرِيكًا بالزِّيادَةِ ، كالمسألةِ الأُولَى .

الإنصاف

قالَه الحارِثِىُّ لمَّا ذكَر كلامَه المُتقدِّمَ . والوَجْهُ الثَّانِى ، أنَّه لا يَبْرأُ . وتقدَّم قرِيبًا كلامُه فى « الرِّعايتَيْن » فى ذلك . وأطْلَقهما فى « المُحَرَّرِ » . قال الحارِثِىُّ : وحاصِلُ المَسْألَةِ الأُولَى ، الخِلافُ فى صِحَّةِ الإِبْراءِ ، وفيه وَجْهان .

قوله : وإنْ غصَب حَبًّا فزَرَعَه ، أو بَيْضًا فصارَ فِراخًا ، أو نَوًى فصارَ غِراسًا – قال فى « الانْتِصارِ » : أو غُصْنًا فصارَ شَجَرَةً – ردَّه ، ولا شىءَ له – وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به كثيرٌ منهم – ويَتَخَرَّجُ فيها مِثْلُ الذى قبلَها . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : ويَتَخَرَّجُ أنْ يَمْلِكَه الغاصِبُ . فعلى هذا ، يَتَخَرَّجُ لنا ، أنْ يكونَ شَرِيكًا بالزِّيادَةِ ، كالمَسْأَلةِ التى قبلَها . انتهى . وذلك ؛ لأنَّها نَوْعٌ ممَّا تقدَّم مِن تَغْيِيرِ العَيْنِ وتَبَدُّلِ اسْمِها .

فائدة : ذكَر فى « الكافِى » مِن صُوَرِ الاسْتِحالَةِ ، الزَّرْعَ يَصِيرُ حبًّا . قال الحارِثِىُّ : وفيه نَظَرٌ ؛ فإنَّ الزَّرْعَ إنْ كانَ قد سَنبَلَ حالةَ الغَصْبِ ، فهو مِن قَبِيلِ

---

(١) فى م : « فالتغيير » .

المقنع

فَصْلٌ : وَإِنْ نَقَصَ ، لَزِمَهُ ضَمَانُ نَقْصِهِ بِقِيمَتِهِ ، رَقِيقًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ . وَعَنْهُ ، أَنَّ الرَّقِيقَ يُضْمَنُ بِمَا يُضْمَنُ بِهِ فِي

الشرح الكبير

فصل : وإن غَصَب دَجاجَةً ، فباضَتْ عندَه ، ثم حَضَنَتْ بَيْضَها ، فصار فِرَاخًا ، فهما لمالِكِها ، ولا شىءَ للغاصِبِ فى عَلْفِها . قال أحمدُ فى طَيْرَةٍ جاءَتْ إلى دارِ قَوْمٍ فأفْرَخَتْ عندَهم : يَرُدُّها وفِرَاخَها إلى أصحابِ الطَّيرَةِ ، ولا شىءَ للغاصِبِ فيما عَمِلَ . وإن غَصَب شاةً فأنْزَى عليها فَحْلَه ، فالوَلَدُ لصاحِبِ الشّاةِ ؛ (١ لأنَّه مِن نَمائِها . وإن غَصَب فَحلًا فأنْزاه على شاتِه ، فالوَلَدُ لصاحِبِ الشّاةِ ١) ؛ لأنَّه يَتْبَعُ الأُمَّ ، ولا أُجْرَةَ له ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن عَسْبِ الفَحْلِ (٢) . وإن نَقَصَه الضِّرَابُ ضَمِنَه .

(٣ **فصل** : قال الشيخ ، رضى اللهُ عنه ٣) : (وإن نَقَصَ) المَغْصُوبُ ، (لَزِمَه ضَمانُ نَقْصِه بقِيمَتِه ، رَقِيقًا كان أو غيرَه) وبه قال الشافعىُّ . وعن أحمدَ فى العَبْدِ رِوَايةٌ أخرى ، أنَّه (يُضْمَنُ بما يُضْمَنُ به فى الإتْلافِ) فيَجِبُ

الإنصاف

الرُّطَبِ والعِنَبِ يصِيران تَمْرًا وزَبِيبًا ، وليسا مِنَ المُسْتَحِيلِ بالاتِّفاقِ ، وإنْ لم يكُنْ سَنْبَلَ ، فهو فى مَعْنَى إثْمارِ الشَّجَرِ ، فيكونُ مِن قَبِيلِ المُتَوَلِّدِ ، لا المُسْتَحِيلِ ؛ لوُجودِ الذَّاتِ عَيْنًا . انتهى .

قوله : وإنْ نقَص ، [٢/١٩٠ و] لَزِمَه ضَمانُ نَقْصِه بقِيمَتِه ؛ رَقِيقًا كانَ أو غيرَه . وقال الأصحابُ : ولو بنَباتِ لِحْيَةِ أمْرَدَ ، وقَطْعِ ذَنَبِ حِمارٍ . وهذا

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه فى ١٤/٣٣١ .

(٣ - ٣) سقط من : م .

المقنع

الْإِتْلَافِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَضْمَنَهُ بِأَكْثَرِ الْأَمْرَيْنِ مِنْهُمَا .

الشرح الكبير

فى يَدِه نِصْفُ قِيمَتِه ، وفى مُوضِحَتِه نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِه . وهو قولُ بعضِ أصحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّه ضَمانٌ لأبْعاضِ العَبْدِ ، فكان مُقَدَّرًا من قِيمَتِه ، كأَرْشِ الجِنَايَةِ . ولَنا ، أنَّه ضَمانُ مالٍ من غيرِ جِنايةٍ ، فكان الواجِبُ ما نَقَص ، كالبَهِيمَةِ ، وكنَقْصِ الثَّوْبِ ، يُحقِّقُه أنَّ القَصْدَ بالضَّمانِ[1] جَبْرُ حَقِّ المالِكِ بإيجابِ قَدْرِ المُفَوَّتِ عليه ، وقَدْرُ النَّقْصِ هو الجابرُ ، ولأنَّه لو فاتَ الجَمِيعُ لوَجَبَتْ قِيمَتُه ، فإذا فاتَ منه شىءٌ ، وَجَبَ قَدْرُه مِن القِيمَةِ ، كغَيْرِ[2] الحَيوانِ . وضَمانُ الجِنايَةِ على أطْرافِ العَبْدِ مَعْدُولٌ به عن القِياسِ ، للإلْحاقِ بالجِنايةِ على الحُرِّ ، والواجِبُ هٰهُنا ضَمانُ اليَدِ ، وهى لا تَثْبُتُ على الحُرِّ ، فوَجَبَ البَقاءُ فيه على مُوجِبِ الأصْلِ ، وإلْحاقُه بسائِرِ الأمْوالِ المَغْصُوبةِ . على أنَّ فى الجِنايةِ على العَبْدِ رِوايَةً ، أنَّه يَضْمَنُ بما نَقَص ، فتَتَّفِقُ الرِّوايَتان ، والتَّفْريعُ على الأوَّلِ (ويَتَخَرَّجُ أن يَضْمَنَه بأكْثَرِ الأمْرَيْن منهما) لأنَّ سَبَبَ كلٍّ واحَدٍ منهما قد وُجِدَ . فأمّا إن كان

الإنصاف

المذهبُ فى ذلك كلِّه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والمَجْدُ ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعَايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، وقال : عليه جمهورُ أهْلِ المذهبِ . وعنه ، أنَّ الرَّقيقَ يُضْمَنُ بما يُضْمَنُ به فى الإتْلافِ . فيَجبُ فى يَدِه نِصْفُ قِيمَتِه ، وفى مُوضِحَتِه نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِه . وعلى هذا فقِسْ . فإنْ كان النَّقْصُ ممَّا لا مُقَدَّرَ فيه ؛ كنَقْصِه

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « كعين » .

الشرح الكبير

النَّقْصُ فى الرَّقِيقِ مِمّا لا مُقَدَّرَ فيه ، كنَقْصِه لِكِبَرٍ أو مَرَضٍ أو شَجَّةٍ دونَ المُوضِحَةِ ، فعليه ما نَقَص مع الرَّدِّ لا غيرُ . لا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا . فإن كان العَبْدُ أمْرَدَ فنَبَتَتْ لِحْيَتُه فنَقَصَتْ قِيمَتُه ، وَجَب ضَمانُ نَقْصِه . وبه قال الشافِعِىُّ . وقال أبو حنيفة : [٢٧٤/٤و] لا يَجِبُ ضَمانُه ؛ لأنَّ الفائِتَ لا يُقْصَدُ قَصْدًا صَحِيحًا ، أشْبَهَ الصِّناعَةَ المُحَرَّمَةَ . ولَنا ، أنَّه نَقْصٌ فى القِيمَةِ بتَغَيُّرِ صِفَةٍ ، فيَضْمَنُه ، كبَقِيَّةِ الصُّوَرِ .

الإنصاف

للكِبَرِ أوِ المَرَضِ ، أو شَجَّةٍ دُونَ المُوضِحَةِ ، فعليه ما نقَصَ مع الرَّدِّ فقط . قال الحارِثِىُّ : هذه الرِّوايَةُ أقْوَى .

ويتَخَرَّجُ أنَّه يَضْمَنُه بأَكْثَرِ الأمْرَيْن منهما – وانفَرَدَ المُصَنِّفُ بهذا التَّخْريجِ هنا . قالَه الزَّرْكَشِىُّ – وعنه ، فى عَيْنِ الدَّابَّةِ ؛ مِنَ الخَيْلِ ، والبِغالِ ، والحَمِيرِ ، رُبْعُ قِيمَتِها . نصَرَها القاضى ، وأصحابُه . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو المَشْهورُ عن أحمدَ . فقال القاضى فى « رِوايَتَيْه » ، وأبو الخَطَّابِ ، والمُصَنِّفُ ، والمَجْدُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم : الخِلافُ فى عَيْنِ الدَّابَّةِ ؛ مِنَ الخَيْلِ ، والبِغالِ ، والحَمِيرِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . قال الزَّرْكَشِىُّ : ونُصُوصُ أحمدَ على ذلك . وقال فى « الفُروعِ » : وخَصَّ فى « الرَّوْضَةِ » هذه الرِّوايَةَ بعيْنِ الفَرَسِ ، وجعَل فى عَيْنِ غيرِها ما نقَصَ ، وأحمدُ إنَّما قال فى عَيْنِ الدَّابَّةِ . انتهى . قال الحارِثِىُّ : مِنَ الأصحابِ مَن قصر الخِلافَ على عَيْنِ الفَرَسِ ، دُونَ البَغْلِ والحِمارِ . وهذه طَرِيقَةُ القاضى فى « التَّعْليقِ الكَبِيرِ » ، وأبِى الخَطَّابِ فى « رُءوسِ المَسائلِ » ، والقاضى يَعْقُوبُ ، وأبِى المَواهِبِ الحُسَيْنِ بنِ محمدٍ العُكْبَرِىِّ فى آخَرِين ، واخْتارَ أكْثَرُ هؤلاءِ القَوْلَ بالمُقَدَّرِ . قال : ونَصُّ أحمدَ

يَقْتَضِى العُمومَ ؛ فإنَّ لَفْظَ « الدَّابَّةِ » يشْمَلُ البَغْلَ ، والحِمارَ ، والفرَسَ . وكذلك صِيغَةُ الدَّليلِ المُتَمَسَّكِ به ، فالتَّخْصِيصُ خِلافُ الأصْلِ ، مع أنَّا نَجِدُ فى الفَرَسِ خَصائِصَ تُناسِبُ اخْتِصاصَ الحُكْمِ به ، لكِنْ ما أخَذْنا فيه غيرَ القِياسِ ، ولا يُمْكِنُ إعْمالُ ما ذكَرْنا مِنَ المُناسَبَةِ . انتهى . قلتُ : ومِمَّنْ خصَّ الرِّوايَةَ بعَيْنِ الفَرَسِ مِنَ المُتَأَخِّرين ؛ الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، وصاحِبُ « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الكافِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، وغيرُهم . فعلى هذه الرِّوايةِ ، فى العَيْنَيْن ما نقَصَ ، كسائرِ الأعْضاءِ . قال الحارِثِىُّ : كذلك قال الأصحابُ ، لا أعْلَمُهم اخْتَلفُوا فيه . قال : وعن أبِى حَنِيفَةَ ، نِصْفُ القِيمَةِ ؛ اعْتِبارًا بالرُّبْعِ فى إحْداهما . قال : وهو أظْهَرُ . انتهى . ويأْتِى ، إذا شَقَّ ثَوْبًا ، أو أتْلَفَ عصًا ، أو قَصْعَةً ، أو كَسَرَ خَلْخالًا ، ونحوَه ، فى ضَمانِ غيرِ المِثْلِىِّ ، فى الفَصْلِ السَّادِسِ والخِلافُ فيه . ويأْتِى وَقْتَ لُزومِ قِيمَتِه ، فى أوَّلِ الفَصْلِ السَّادِسِ ، فى كلامِ المُصَنِّفِ .

تنبيه : دَخَلَ فى قَوْلِ المُصَنِّفِ : وإنْ تَلِفَ ، لَزِمَه ضَمانُ نَقْصِه بقِيمَتِه . لو جَنَى على حَيَوانٍ حامِلٍ فألْقَتْ جَنِينَها مَيِّتًا . وهو كذلك ، فيَجِبُ عليه ضَمانُ ما نَقَصَ مِن أُمِّه بالجِنايَةِ . نصَّ عليه ، فى رِوايَة ابنِ مَنْصُورٍ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قالَه فى « القاعِدَةِ الرَّابِعَةِ والثَّمانِين » . وقال أبو بَكْرٍ : يجِبُ ضَمانُ جَنِينِ البَهائمِ بعُشْرِ قِيمَةِ أُمِّه ، كجَنِينِ الأمَةِ . قال فى « القواعِدِ » : وقِياسُه جَنِينُ الصَّيْدِ فى الحَرَمِ والإحْرامِ ، والمَشْهورُ ، أنَّه يَضْمَنُ بما نقَصَ أُمَّه أيضًا . ويأْتِى فى مَقادِيرِ الدِّياتِ . قال : ولو ألْقَتِ البَهِيمَةُ بالجِنايَةِ جَنِينًا حيًّا ، ثم ماتَ ، ففيه احْتِمالان . ذكَرَهما القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، فى الرَّهْنِ ؛ أحدُهما ، يَضْمَنُ قِيمَةَ الوَلَدِ حيًّا لا غيرُ . والثَّانى ، عليه أكْثَرُ الأمْرَيْن ، أو ما نَقَصَتِ الأُمُّ . انتهى . قلتُ : الثَّانى هو الصَّوابُ .

المقنع وَإِنْ غَصَبَهُ وَجَنَى عَلَيْهِ ، ضَمِنَهُ بِأَكْثَرِ الْأَمْرَيْنِ .

الشرح الكبير **٢٣٠٨** – مسألة : (وإن غَصَبَه وجَنَى عَلَيْهِ ، ضَمِنَه بأكثرِ الأمرين) وجُمْلَةُ ذَلِكَ ، أنَّه إذا غَصَب عَبْدًا وجَنَى عليه جِنايَةً مُقَدَّرَةَ الدِّيَةِ ، فعلى قَوْلِنا : ضَمانُ الغَصْبِ ضَمانُ الجِنايَةِ . يكونُ الواجِبُ أَرْشَ الجِنايَةِ ، كما لو جَنَى عليه مِن غيرِ غَصْبٍ ونَقَصَتْه الجِنايَةُ أقَلَّ مِن ذلك أو[1] أكْثَرَ . وإن قُلْنا : ضَمانُ الغَصْبِ غيرُ ضَمانِ الجِنايَةِ . وهو الصَّحِيحُ ، فعليه أكْثَرُ الأمْرَيْنِ مِن أَرْشِ النَّقْصِ أو دِيَةِ ذلك العُضْوِ ؛

الإنصاف قوله : وإنْ غصَبَه وجَنَى عليه ، ضَمِنَه بأكْثَرِ الأمْرَيْنِ . وهذا مُفرَّعٌ على القَوْلِ بالمُقدَّرِ مِنَ القِيمَةِ ، قالَه الحارِثِىُّ . قال الشَّارِحُ : إذا جنَى الغاصِبُ على العَبْدِ المَغْصُوبِ جِنايَةً مُقَدَّرَةَ الدِّيَةِ ، فعلى قَوْلِنا : ضَمانُ الغَصْبِ ضَمانُ الجِنايَةِ . يكونُ الواجِبُ أَرْشَ الجِنايَةِ ، كما لو جَنَى عليه مِن غيرِ غَصْبٍ . وإنْ قُلْنا : ضَمانُ الغَصْبِ غيرُ ضَمانِ الجِنايَةِ . وهو الصَّحيحُ ، فعليه أكثرُ الأَمْرَيْن ؛ مِن أَرْشِ النَّقْصِ ، أو دِيَةِ ذلك العُضْوِ . وجزَم بأنَّه يَضْمَنه بأكْثَرِ الأمْرَيْن ، فى « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الوَجيزِ » . قال فى « الفُروعِ » : يَضْمَنُه بأكْثَرِهما على الأصحِّ . وعنه ، أنَّه يضْمَنُ بما نقَصَ . ذكَرَها المُصَنِّفُ فى هذا الكِتابِ ، فى الفَصْلِ الثَّالثِ مِن بابِ مَقادِيرِ الدِّياتِ . اخْتارَها الخَلَّالُ ، وابنُ عَقِيلٍ أيضًا . ذكَرَه الحارِثِىُّ . لكِنَّ هذه الرِّوايَةَ أَعَمُّ مِن أنْ يكونَ الجانِى الغاصِبَ أو غيرَه . قال الحارِثِىُّ : وُجوبُ أكْثَرِ الأمْرَيْنِ مُفرَّعٌ على القَوْلِ بالمُقَدَّرِ ؛ لاجْتِماعِ السَّبَبَيْن باليَدِ والجِنايَةِ . مِثالُه ، لو كانتِ القِيمَةُ أَلْفًا ، فنَقَصَتْ بالقَطْعِ أرْبَعَمِائَةٍ ،

---

(١) فى الأصل : « و » .

الشرح الكبير

لأنَّ سَبَبَ كلِّ واحِدٍ منهما وُجِدَ ، فوَجَبَ أَكْثَرُهما ، ودَخَلَ الآخَرُ فيه ، فإنَّ الجنايَةَ واليَدَ وُجِدَا جَمِيعًا . فلو غَصَب عَبْدًا[1] وقِيمَتُه أَلْفٌ ، فزادَتْ قِيمَتُه إلى أَلْفَيْن ، ثم قَطَع يَدَه ، فنَقَصَ أَلْفًا ، لَزِمَه أَلْفٌ ، ورَدَّ العَبْدَ ؛ لأنَّ زِيادَةَ السُّوقِ إذا تَلِفَتِ العَيْنُ مَضْمُونَةٌ ، ويَدُ العَبْدِ كنِصْفِه ، فكَأنَّه بقَطْعِ يَدِه فَوَّتَ نِصْفَه ، وإن نَقَص أَلْفًا وخَمْسَمائةٍ ، وقُلْنا : الواجِبُ ما نَقَص . فعليه أَلْفٌ وخَمْسُمائةٍ ، ويَرُدُّ العَبْدَ . وإن قُلْنا : ضَمانُ الجِنايَةِ . فعليه أَلْفٌ ، ورَدُّ العَبْدِ حَسْبُ . وإن نَقَص خَمْسَمائةٍ ، فعليه رَدُّ العَبْدِ . وهل يَلْزَمُه أَلْفٌ أو خَمْسُمائةٍ ؟ على وَجْهَيْن .

الإنصاف

فالواجِبُ خَمْسُمِائَةٍ . ولو نقَص سِتَّمائَةٍ ، كان هو الواجِبَ . وعلى [٢/١٩٠ ظ] القَوْلِ بما نقَصَ ، فكذلك فى السِّتِّمائَةِ ؛ لأنَّه على وَفْقِ المُوجِبِ ، وفيما قبلَه أَرْبَعُمائَةٍ ؛ لأنَّه ما نقَصَ .

فائدة : لو غصَبَ عَبْدًا قِيمَتُه أَلْفٌ ، فزادَتِ القِيمَةُ إلى أَلْفَيْن ، ثم قطَع يَدَه ، فنقَصَ أَلْفًا ، فيَجِبُ أَلْفٌ على كِلا الرِّوايتَيْن ، وهذا بلا نِزاعٍ . وإنْ نقَصَ أَلْفًا وخَمْسَمِائَةٍ ، فالواجِبُ أَلْفٌ وخَمْسُمِائَةٍ ، على الرِّوايتَيْن أيضًا . أمَّا بتَقْديرِ القَوْلِ بما نقَصَ ، فظاهِرٌ ، وبتَقْديرِ القَوْلِ بالمُقَدَّرِ ، يكونُ الواجِبُ أَكْثَرَ الأَمْرَيْن ، فإذا اسْتَوَيا ، كان أَوْلَى . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : إنْ قُلْنا : الواجِبُ ضَمانُ الجِنايَةِ ، يعْنِى المُقَدَّرَ ، فعليه أَلْفٌ فقط . قال الحارِثِىُّ : وهذا مُشْكِلٌ جدًّا ؛ لإِفْضائِه إلى إلْغاءِ أثَرِ اليَدِ مع وجُودِها . انتهى . وإنْ نقَصَ خَمْسَمِائَةٍ ، فقال الحارِثِىُّ : فعلى رِوايَةِ المُقَدَّرِ ، عليه أَلْفٌ ، وعلى رِوايَةِ ما نقَص ، عليه خَمْسُمِائَةٍ

---

(١) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ جَنَى عَلَيْهِ غَيْرُ الْغَاصِبِ ، فَلَهُ تَضْمِينُ الْغَاصِبِ بِأَكْثَرِ الْأَمْرَيْنِ ، وَيَرْجِعُ الْغَاصِبُ عَلَى الْجَانِى بِأَرْشِ [١٣٨ظ] الْجِنَايَةِ ، وَلَهُ تَضْمِينُ الْجَانِى أَرْشَ الْجِنَايَةِ ، وَتَضْمِينُ الْغَاصِبِ مَا بَقِىَ مِنَ النَّقْصِ .

الشرح الكبير

٢٣٠٩ – مسألة : (وإن جَنَى عليه غيرُ الغاصِبِ ، فله تَضْمِينُ الغاصِبِ أَكْثَرَ الأَمْرَين ، ويَرْجِعُ الغاصِبُ على الجانِى بأَرْشِ الجنايَةِ ، وله تَضْمِينُ الجانِى أَرْشَ الجنايَةِ ، وتَضْمِينُ الغاصِبِ ما بَقِىَ مِن النَّقْصِ) إذا غَصَب عَبْدًا فقطَعَ آخرُ يدَه ، فللمالِكِ تَضْمِينُ مَن شاءَ منهما ؛ لأَنَّ الجانِىَ قطَع يدَه ، والغاصِبَ حَصَل النَّقْصُ فى يَدِه ، فإن ضَمَّنَ الجانِىَ ضَمَّنَه نِصْفَ القِيمَةِ لا غيرُ ، ولم يَرْجِعْ على أحَدٍ ؛ لأَنَّه لم يُضَمِّنْه أكْثَرَ مِمَّا وَجَب عليه ، ويَضْمَنُ الغاصِبُ ما زادَ على نِصْفِ القِيمَةِ إن نَقَص أَكْثَرَ مِن النِّصْفِ ، ولا يَرْجِعُ على أحَدٍ . وإن قُلْنا : ضَمانُ الغَصْبِ ضَمانُ الجنايَةِ . أو لم يَنْقُصْ أكْثَرَ مِن نِصْفِ قِيمَتِه . لم يَضْمَنِ الغاصِبُ هٰهُنا شيئًا . وإنِ اخْتارَ

الإنصاف

فقط . وهو ظاهِرٌ ، وكذا قال غيرُه .

تنبيهان ؛ الأوَّلُ ، تكَلَّمَ المُصَنِّفُ هنا على العَبْدِ إذا جنَى عليه الغاصِبُ ، أو جُنِىَ عليه فى حالِ غَصْبِه ، وبَقِىَ قِسْمٌ ثالثٌ ، وهو ما إذا جنَى عليه مِن غيرِ غَصْبٍ ، وقد ذكَرَه المُصَنِّفُ فى بابِ مَقادِيرِ الدِّياتِ ، فى الفَصْلِ الثَّالثِ .

الثَّانى ، قولُه : وإنْ جَنَى عليه غيرُ الغاصِبِ ، فله تَضْمِينُ الغاصِبِ أَكْثَرَ الأَمْرَين ، ويَرْجِعُ الغاصِبُ على الجانِى بأَرْشِ الجنايَةِ ، وله تَضْمِينُ الجانِى أَرْشَ الجِنايَةِ ، وتَضمينُ الغاصِبِ ما بَقِىَ مِنَ النَّقْصِ . هذا مُفَرَّعٌ على القَوْلِ بالمُقَدَّرِ .

المقنع

وَإِنْ غَصَبَ عَبْدًا فَخَصَاهُ ، لَزِمَهُ رَدُّهُ وَرَدُّ قِيمَتِهِ . وَعَنْهُ ، فِي عَيْنِ الدَّابَّةِ مِنَ الْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ رُبْعُ قِيمَتِهَا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ .

الشرح الكبير

تَضْمِينَ الغاصِبِ [٤/٢٧٤ظ] وقُلْنا : إنَّ ضَمانَ الغَصْبِ[1] كضَمانِ الجِنايَةِ . ضَمَّنه نِصْفَ القِيمَةِ ، ورَجَع بها الغاصِبُ على الجانِى ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَل بفِعْلِه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه . وإن قُلْنا : إنَّ ضَمانَ الغَصْبِ بما نَقَص . فَلِرَبِّ العَبْدِ تَضْمِينُه بأكْثَرِ الأمْرَيْنِ ؛ لأنَّ ما وُجِدَ فى يَدِه فهو فى حُكْمِ المَوْجُودِ منه ، ثم يَرْجِعُ الغاصِبُ على الجانِى بنِصْفِ القِيمَةِ ؛ لأنَّها أَرْشُ جِنايَتِه ، فلا يَجِبُ عليه أكْثَرُ منها .

٢٣١٠ - مسألة : (وإن غَصَب عَبْدًا فخَصَاه ، لَزِمَه رَدُّه ورَدُّ قِيمَتِه) إذا غَصَب عَبْدًا ، فقَطَعَ خُصْيَتَيْه ، أو يَدَيْه ، أو ذَكَرَه ، أو لِسَانَه ، أو ما تَجِبُ فيه الدِّيَةُ مِن الحُرِّ ، لَزِمَه رَدُّه ورَدُّ قِيمَتِه كلِّها . نَصَّ عليه

الإنصاف

أمَّا على القَوْلِ بما نقَصَ ، فللمالِكِ تضْمِينُه مَن شاءَ منهما ، وقَرارُ الضَّمانِ على الجانِى لمُباشَرَتِه قالَه الحارِثِىُّ . وهو واضِحٌ .

قوله : وإن غصَبَ عَبْدًا فخَصاه ، لَزِمَه رَدُّه ورَدُّ قِيمَتِه . وكذا لو قطَع يَدَيْه ، أو رِجْلَيه ، أو لِسانَه ، أو ما تجِبُ فيه الدِّيَةُ كامِلَةً مِنَ الحُرِّ ، فإنَّه يَلْزَمُه ردُّه ، ورَدُّ قِيمَتِه . ونصَّ عليه أحمدُ ، وعليه الأصحابُ . قال الحارِثِىُّ : فيه ما فى الذى قبلَه مِنَ الخِلافِ ، غيرَ أنَّه لا يَتأتَّى القَوْلُ بأكْثَرِ الأمْرَيْن ؛ لاسْتِغْراقِ القِيمَةِ فى المُقَدَّرِ ،

---

(١) فى الأصل : « الغاصب » .

الشرح الكبير

أحمدُ[1] . وبه قال مالكٌ ، والشافعىُّ . وقال الثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ : يُخَيَّرُ المالِكُ بينَ أن يَصْبِرَ ولا شىءَ له ، وبينَ أَخْذِ قِيمَتِه ويَمْلِكُه الجانِى ؛ لأنَّه ضَمانُ مالٍ ، فلا يَبْقَى مِلْكُ صاحِبِه عليه مع ضَمانِه ، كسائِرِ الأمْوالِ . ولَنا ، أنَّ المُتْلَفَ البَعْضُ ، فلا يَقِفُ ضَمانُه على زَوالِ المِلْكِ ، كقَطْعِ ذَكَرِ المُدَبَّرِ ، ولأنَّ المَضْمُونَ (٢هو المُفَوَّتُ٢) ، فلا يَزُولُ المِلْكُ عن غيرِه بضَمانِه ، كما لو قَطَع تِسْعَ أصابِعَ . وبهذا يَنْفَصِلُ عما ذَكَرُوه ، فإنَّ الضَّمانَ فى مُقابَلَةِ التَّالِفِ ، لا فى مُقابَلَةِ الجُمْلَةِ . فإن ذَهَبَتْ هذه الأعْضاءُ بغيرِ جِنايَةٍ ، فهل يَضْمَنُها ضَمانَ الإتْلافِ أو ما نَقَصَ ؟ على رِوايَتَيْن مَضَى ذِكْرُهما . وعن أحمدَ رِوايَةٌ أُخْرَى ، أنَّ عَيْنَ الدّابَّةِ تُضْمَنُ برُبْعِ قِيمَتِها مِن الخَيْلِ والبِغالِ والحَمِيرِ ، فإنَّه قال فى رِوايَةِ أبى الحارِثِ ، فى رجلٍ فَقَأَ عَيْنَ دابَّةٍ : عليه رُبْعُ قِيمَتِها . قيل له : فَقَأَ العَيْنَيْنِ . قال : إذا كانت واحِدَةً ، فقال عُمَرُ : رُبْعُ القِيمةِ . وأمَّا العَيْنانِ ، فما سَمِعْتُ فيهما شيئًا . قِيلَ له : فإن كان بَعِيرًا أو بَقَرَةً أو شاةً . فقال : هذا غيرُ الدّابَّةِ ، هذا يُنْتَفَعُ بلَحْمِه ، يُنْظَرُ ما نَقَصَها . وهذا يَدُلُّ [٤/٢٧٥و] على أنَّ أحمدَ إنَّما أوْجَبَ مُقَدَّرًا فى العَيْنِ الواحِدَةِ مِن الدّابَّةِ ، وهى الفَرَسُ والبَغْلُ والحِمارُ خاصَّةً ؛

الإنصاف

وإنْ لم تنْقُصِ القِيمَةُ بالخَصْىِ . فعلى القَوْلِ بالمُقَدَّرِ ، يرُدُّه ومعه قِيمَتُه ، وعلى القَوْلِ بما نقَصَ ، لا يَلْزَمُه شىءٌ . انتهى .

---

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) فى م : « التالف » .

الشرح الكبير

للأثَرِ الوارِدِ فيه ، وما عَدَا هذا يُرْجَعُ إلى القِيَاسِ . واحْتَجَّ أصحابُنا لهذه الرِّوايَةِ بما روَى زَيْدُ بنُ ثابتٍ ، أنَّ النبيَّ ﷺ قَضَى فى عَيْنِ الدّابّةِ برُبْعِ قِيمَتِها[1] . ورُوِىَ عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه كَتَبَ إلى شُرَيْحٍ لمَّا كَتَب إليه يَسْألُه عن عَيْنِ الدّابّةِ : إنَّا كُنَّا نُنْزِلُها مَنْزِلَةَ الآدَمِىِّ ، إلَّا أنَّه[2] أجْمَعَ رَأْيُنا أنَّ قِيمَتَها رُبْعُ الثَّمنِ[3] . وهذا إجْماعٌ يُقَدَّمُ على القِيَاسِ . ذَكَر هذَيْن أبو الخَطَّابِ فى « رُءُوسِ المَسائِلِ » . وقال أبو حنيفةَ : إذا قَلَع عَيْنَىْ بَهِيمَةٍ يُنْتَفَعُ بها مِن وَجْهَيْن ؛ كالدَّابَّةِ والبَعِيرِ والبَقَرَةِ ، وَجَب نِصْفُ قِيمَتِها ، وفى إحداهما رُبْعُ قِيمَتِها ؛ لقولِ عُمَرَ : أجْمَعَ رأْيُنا على أنَّ قِيمَتَها رُبْعُ الثَّمنِ . والمَذْهَبُ أنَّ قَدْرَ الأَرْشِ ما نَقَص مِن القِيمَةِ ، كسائِرِ الأعْيانِ . فأمَّا حَدِيثُ زَيْدِ بنِ ثابتٍ ، فلا أَصْلَ له ، ولو كان صَحِيحًا ، لَما احْتَجَّ أحمدُ وغيرُه بحَدِيثِ عمرَ وتَرَكُوه ، (4فإنَّ قولَ النبىِّ ﷺ أحَقُّ أن يُحْتَجَّ به4) . وأمَّا قولُ عُمَرَ ، فمَحْمُولٌ على أنَّ ذلك كان قَدْرَ نَقْصِها ، كما رُوِىَ عنه أنَّه قَضَى فى العَيْنِ القائِمَةِ بخَمْسِينَ دِينارًا .

---

(1) أخرجه الطبرانى فى : المعجم الكبير ١٥٣/٥ . وذكره الهيثمى فى : مجمع الزوائد ٢٩٨/٦ . وقال : رواه الطبرانى ، وفيه أبو أمية بن يعلى وهو ضعيف .

(2) سقط من : الأصل .

(3) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب عين الدابة ، من كتاب العقول . المصنف ٧٦/١٠ ، ٧٧ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى عين الدابة ، من كتاب الديات . المصنف ٢٧٥/٩ ، ٢٧٦ .

(٤ - ٤) سقط من : تش ، م .

المقنع وَإِنْ نَقَصَتِ الْعَيْنُ لِتَغَيُّرِ الْأَسْعَارِ ، لَمْ يَضْمَنْ . نَصَّ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير **٢٣١١** – مسألة : (وإن نَقَصَتْ) قِيمَةُ (العَيْنِ لتَغَيُّرِ الأسْعارِ ، لم يَضْمَنْ . نَصَّ عليه) وهو قولُ جُمْهُورِ العُلَماءِ . وحُكِيَ عن أبى ثَوْرٍ ، أنَّه يَضْمَنُه ؛ لأنه يَضْمَنُه إذا تَلِفَتِ العَيْنُ ، فيَلْزَمُه إذا رَدَّها ، كالسِّمَنِ . وذَكَرَه ابنُ أبى مُوسَى رِوايَةً عن أحمدَ . ولَنا ، أنَّه رَدَّ العَيْنَ بحَالِها لم تَنْقُصْ منها عَيْنٌ ولا صِفَةٌ ، فلم يَلْزَمْه شيءٌ ، كما لو لم تَنْقُصْ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّه يَضْمَنُها مع تَلَفِ العَيْنِ ، وإن سَلَّمْنا فلأنَّه وَجَبَتْ قِيمَةُ العَيْنِ أكْثَرَ ما كانت قِيمَتُها ، فدَخَلَتْ فى التَّقْوِيمِ ، بخِلافِ ما إذا رَدَّها ، فإنَّ القِيمَةَ لا تَجِبُ ، [٢٧٥/٤ظ] ويُخالِفُ السِّمَنَ ، فإنَّه مِن عَيْنِ[1] المَغْصُوبِ ، والعِلْمُ بالصِّناعَةِ صِفَةٌ فيها ، وههُنا لم تَذْهَبْ عَيْنٌ ولا صِفَةٌ ؛ ولأنَّه لا حَقَّ للمَغْصُوبِ منه فى القِيمَةِ مع بَقاءِ العَيْنِ ، وإنَّما حَقُّه فى العَيْنِ ، وهى باقِيَةٌ كما كانت ، ولأنَّ الغاصِبَ يَضْمَنُ ما غَصَبَه ، والقِيمَةُ لا تَدْخُلُ فى الغَصْبِ ، بخِلافِ زِيادَةِ العَيْنِ ، فإنَّها مَغْصُوبَةٌ وقد ذَهَبَتْ .

الإنصاف قوله : وإنْ نقَصَتِ العَيْنُ – أىْ ، قِيمَةُ العَيْنِ – لتَغَيُّرِ الأَسْعارِ ، لم يَضْمَنْ ، نصَّ عليه . وهو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، ونصَّ عليه . قال الحارِثِىُّ : هذا المذهبُ ، وعليه التَّفْريعُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : اخْتارَه الأصحابُ ، حتى إنَّ القاضِىَ قال : لم أجِدْ عن أحمدَ رِوايَةً بالضَّمانِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفرُوعِ » وغيرِه . وعنه ، يضْمَنُ . اخْتارَه ابنُ أبى مُوسى ، والشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّين . قالَه فى « الفائقِ » ، ورَدَّه الحارِثِىُّ . وقيل : يضْمَنُ نقْصَه مع تغَيُّرِ

---

(١) فى تش : « غير » .

المقنع

وَإِنْ نَقَصَتِ الْقِيمَةُ لِمَرَضٍ ، ثُمَّ عَادَتْ بِبُرْئِهِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَىْءٌ .

الشرح الكبير

٢٣١٢ - مسألة : (وإن نَقَصَتِ القِيمَةُ لمَرَضٍ) أو غيرِه (ثم عادَتْ ببُرْئِه ، لم يَلْزَمْه شيءٌ) إلَّا رَدَّه ، إذا مَرِضَ المَغْصُوبُ ثم بَرَأ ، أو ابْيَضَّتْ عَيْنُه ثم زالَ بَياضُها ، أو غَصَب جارِيَةً حَسْناءَ فسَمِنَتْ سِمَنًا

الإنصاف

الأسْعارِ إذا تَلِفَ ، وإلَّا فلا . وقال الحارِثِىُّ ، بعدَ أنْ حكَى الرِّوايتَيْن : وهذا كلُّه ما لم يتَّصِلِ التَّلَفُ بالزِّيادَةِ . فإنِ اتَّصَلَ ؛ بأنْ غصَبَ ما قِيمَتُه مِائَةٌ ، فارْتَفَعَ السِّعْرُ إلى مِائَتَيْن ، وتَلِفَتِ العَيْنُ ، ضَمِنَ المِائتَيْن ، وَجْهًا واحدًا ؛ إذِ الضَّمانُ مُعْتَبَرٌ بيَوْمِ التَّلَفِ . وإنْ كان مِثْليًّا ، فالواجِبُ المِثْلُ ؛ بلا خِلافٍ . وقال فى « التَّلْخيصِ » : لو غصَبَ شيئًا يُساوِى خَمْسَةً ، فعادَتْ قِيمَتُه إلى دِرْهَمٍ ، ثم تَلِفَ ، لَزِمَه خَمْسَةٌ ، وهذا على اعْتِبارِ الضَّمانِ بحالَةِ الغصْبِ . قال الحارِثِىُّ : وهو قَوْلٌ ضعيفٌ ، وليس بالمذهبِ ، وإنَّما اسْترسلَ إليه مِن كلامِ بعضِ المُخالِفِين . ولو تَلِفَ نِصْفُ العَيْنِ بعدَ العَوْدِ إلى دِرْهَمٍ ، فرجَع الباقِى إلى نِصْفِ دِرْهَمٍ ، ردَّ الباقِىَ ومعه قِيمَةُ التَّالِفِ نِصْفُ دِرْهَمٍ . وفى « التَّلْخيصِ » : يرُدُّ دِرْهَمَيْن ونِصْفًا . وليس بالمذهبِ ، كما قُلْنا . قال الحارِثِىُّ : وإنَّما أوْرَدْتُه تَنْبِيهًا .

قوله : وإنْ نقَصَتِ القِيمَةُ لمَرَضٍ ، ثم عادَتْ ببُرْئِه ، لم يَلْزَمْه شىءٌ . وهو المذهبُ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » ، وغيرُهم مِنَ الأصحابِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، وقال : ونصُّه ، يضْمَنُ . وحكَى الحارِثِىُّ وَجْهًا للشَّافِعيَّةِ بالضَّمانِ ، قال : وهو عندِى قَوِىٌّ ، بل أقْوَى . ورَدَّ أدِلَّةَ الأصحابِ . والظَّاهِرُ ، أنَّه لم يَطَّلِعْ على ما ذكَرَه صاحِبُ « الفُروعِ » مِنَ النَّصِّ ،

المقنع

وَإِنْ زَادَ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى ، مِثْلَ أَنْ تَعَلَّمَ صَنْعَةً فَعَادَتِ الْقِيمَةُ ، ضَمِنَ النَّقْصَ .

الشرح الكبير

نَقَصَها ، ثم خَفَّ سِمَنُها فعاد حُسْنُها وقِيمَتُها ، رَدَّها ولا شئَ عليه ؛ لأنَّه لم يَذْهَبْ ما لَه قِيمَةٌ ، والعَيْبُ الذى أَوْجَبَ الضَّمانَ زالَ فى يَدَيْه . وكذلك لو حَمَلَتْ فنَقَصَتْ ثم وَضَعَتْ فزالَ نَقْصُها ، لم يَضْمَنْ شيئًا . فإن رَدَّ المَغْصُوبَ ناقِصًا بمَرَضٍ ، أو عَيْبٍ ، أو سِمَنٍ مُفْرِطٍ ، أو حَمْلٍ ، فعليه أَرْشُ نَقْصِه ، فإن زالَ عَيْبُه فى يَدِ مالِكِه ، لم يَلْزَمْه رَدُّ ما أخَذَ ؛ لأنَّه اسْتَقَرَّ ضَمانُه برَدِّ المَغْصُوبِ . وكذلك إن أخَذَ المَغْصُوبَ دُونَ أَرْشِه ، ثم زالَ العَيْبُ قبلَ أَخْذِ أَرْشِه ، لم يَسْقُطْ ضَمانُه لذلك .

٢٣١٣ – [١]مسألة : (وإن زاد مِن جِهَةٍ أُخْرَى ؛ مثلَ أن تَعَلَّمَ[١]

الإنصاف

فهذا يُقَوِّى قوْلَه ، ورُبَّما كان المذهبَ . وقدَّمه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، وقال : نصَّ عليه .

فائدة : لوِ اسْتَرَدَّه المالِكُ مَعِيبًا مع الأَرْشِ ، ثم زالَ العيْبُ فى يَدِ مالِكِه ، فقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما : لا يجبُ رَدُّ الأَرْشِ ؛ لاسْتِقْرارِه بأَخْذِ العَيْنِ ناقِصَةً . وكذا لو أخَذَ المَغصوبَ بغيرِ أَرْشٍ ، ثم زالَ فى يَدِه ، لم يَسْقُطِ الأَرْشُ كذلك . قال الحارِثِىُّ : وما يُذْكَرُ مِنَ الاسْتِقْرارِ ، فغيرُ مُسَلَّمٍ . قال : والصَّوابُ ، إنْ شاءَ اللهُ تعالَى ، الوُجوبُ بقَدْرِ النَّقْصِ الحادِثِ فى المُدَّةِ ، ويجبُ رَدُّ ما زادَ ، إنْ كان .

قوله : وإنْ زادَ مِن جِهَةٍ أُخْرَى ، مثلَ أنْ تَعَلَّمَ صَنْعَةً ، فعادَتِ القِيمَةُ ، ضَمِنَ

(١ – ١) سقط من : تش ، م .

المقنع

وَإِنْ زَادَتِ الْقِيمَةُ بِسِمَنٍ أَوْ نَحْوِهِ ثُمَّ نَقَصَتْ ، ضَمِنَ الزِّيَادَةَ .

الشرح الكبير

(١صَنْعَةً فعادَتِ القِيمَةُ ، ضَمِنَ النَّقْصَ) لأنَّ الزِّيادَةَ الثانيةَ مِن غيرِ جِنْسِ الأُولَى ، فلا يَنْجَبِرُ بها١) .

٢٣١٤ – مسألة : (وإن زادَتِ القِيمَةُ لسِمَنٍ أو نَحْوِه[٢] ثم نَقَصَتْ ، ضَمِنَ الزِّيادَةَ) إذا زادَتْ قِيمَةُ المَغْصُوبِ فى يَدِ الغاصِبِ لسِمَنٍ أو تَعَلُّمِ صَنْعَةٍ ، مثلَ ما إذا غَصَب عَبْدًا أو أمَةً وقِيمَتُه مِائَةٌ ، فزَادَ بتَعْلِيمِه ، أو فى بَدَنِه ، حتى صارت قِيمَتُه مِائَتَيْن ، ثم نَقَص بنُقْصانِ بَدَنِه ، أو نِسْيانِ ما عُلِّمَ حتى صارتْ قِيمَتُه مِائَةً ، لَزِمَه رَدُّه ، ويَأْخُذُ مِن الغاصِبِ مِائَةً . وبه قال الشافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ : لا يَجِبُ عليه عِوَضُ الزِّيادَةِ ، إلَّا أن يُطالَبَ [٢٧٦/٤و] برَدِّها زائِدَةً فلا يَرُدُّها ؛ لأنَّه رَدَّ العَيْنَ كما أخَذَها

الإنصاف

النَّقْصَ . وهو المذهبُ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، و « الفائقِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : لا يضْمَنُه .

قوله : وإنْ زَادَتِ القِيمَةُ لسِمَنٍ ، أو نحوِه ، ثم نقَصَت ، ضَمِنَ الزِّيادَةَ . وهو الصَّحيحُ [١٩١/٢ و] مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » : ضَمِنَ على الأصحِّ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونَصَراه ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، و « الحاوِى

(١ – ١) سقط من : تش ، م .

(٢) فى م : « غيره » .

الشرح الكبير

فلم يَضْمَنْ نَقْصَ قِيمَتِها ، كنَقْصِ سِعْرِها[1] . وذَكَر ابنُ أبى مُوسَى فى « الإرْشادِ » رِوايَةً ، أنَّ المَغْصُوبَ إذا زادَتْ قِيمَتُه بسِمَنٍ ، أو تَعلُّمِ صَنْعَةٍ ، ثم نَقصَتْ بزَوالِ ذلك ، فلا ضَمانَ عليه إذا رَدَّه بعَيْنِه . ولَنا ، أنَّها زِيادَةٌ فى نَفْسِ المَغْصُوبِ ، فلَزِمَ الغاصِبَ ضَمانُها ، كما لو طالَبَهُ برَدِّها فلم يَفْعَلْ ، ولأنَّها زادَتْ على مِلْكِ المَغْصُوبِ منه ، فلَزِمَه ضَمانُها ، كما لو كانت مَوْجُودَةً حالَ الغَصْبِ . وفارَقَ زِيادَةَ السِّعْرِ[2] ؛ لأنَّها لو كانت مَوْجُودَةً حالَ الغَصْبِ ، لم يَضْمَنْها ، والصِّناعَةُ إن لم تَكُنْ مِن عَيْنِ المَغْصُوبِ فهى صِفَةٌ فيه ، ولذلك يَضْمَنُها إذا طُولِبَ برَدِّ العَيْنِ وهى مَوْجُودَةٌ فلم يَرُدَّها ، وأجْرَيْناها هى والتَّعْلِيمَ مُجْرَى السِّمَنِ الذى هو عَيْنٌ ؛ لأنَّها صِفَةٌ تَتْبَعُ العَيْنَ ، وأجْرَيْنا الزِّيادَةَ الحادِثَةَ فى يَدِ الغاصِبِ مُجْرَى الزِّيادَةِ المَوْجُودَةِ حالَ الغَصْبِ ؛ لأنَّها زِيادَةٌ فى العَيْنِ المَمْلُوكَةِ للمَغْصُوبِ منه ، فتكونُ مَمْلُوكَةً له ؛ لأنَّها تابِعَةٌ للعَيْنِ . فأمَّا إن غَصَب العَيْنَ سَمِينَةً ، أو ذاتَ صِناعَةٍ ، فهَزَلَتْ أو نَسِيَتْ ، فنَقَصَتْ قِيمَتُها ، فعليه ضَمانُ نَقْصِها . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّها نَقَصَتْ عن حالِ غَصْبِها نَقْصًا أثَّرَ فى قِيمَتِها ، فوَجَبَ ضَمانُها ، كما لو ذَهَب بعضُ أعْضائِها .

الإنصاف

الصَّغِيرِ » وغيرِهم ، وقالَه الخِرَقِيُّ وغيرُه . وعنه ، إنْ ردَّه بعَيْنِه ، لم يَلْزَمْه شئٌ . ذكَرَها ابنُ أبى مُوسى . وهما وَجْهان مُطْلَقان فى « الفائقِ » .

---

(١) فى ق : « شعرها » .

(٢) فى ق : « الشعر » .

المقنع

وَإِنْ عَادَ مِثْلُ الزِّيَادَةِ الْأُولَى مِنْ جِنْسِهَا ، لَمْ يَضْمَنْهَا فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

فصل : إذا غَصَبَها وقِيمَتُها مائَةٌ ، فسَمِنَتْ فبَلَغَتْ قِيمَتُها أَلْفًا ، ثم تَعَلَّمَتْ صِناعَةً فَبلغتْ أَلْفَيْنِ ، ثم هَزَلَتْ ونَسِيَتْ فعادَتْ إلى مائةٍ ، رَدَّها ورَدَّ أَلْفًا (١)وتِسْعَمائةٍ . وإن بَلَغَتْ بالسِّمَنِ أَلْفًا ، ثم هَزَلَتْ فعادَتْ إلى مِائَةٍ ، ثم تَعَلَّمَتْ فبَلَغَتْ أَلْفًا ، ثم نَسِيَتْ فعادَتْ إلى مِائَةٍ ، رَدَّها ورَدَّ أَلْفًا(١) وثَمانِمائَةٍ ؛ لأَنَّها نَقَصَتْ بالهُزَالِ تِسْعَمائَةٍ ، وبالنِّسْيانِ تِسْعَمائَةٍ . وإن سَمِنَتْ فَبَلَغَتْ أَلْفًا ، ثم هَزَلَتْ فعادَتْ إلى مائةٍ ، ثم تَعَلَّمَتْ فعادَتْ إلى أَلْفٍ ، رَدَّها وتِسْعَمائَةٍ ؛ لأَنَّ زَوالَ الزِّيادَةِ الأُولَى أَوْجَبَ الضَّمانَ ، ثم حَدَثَتْ زِيادَةٌ أُخْرَى مِن وَجْهٍ آخَرَ على مِلْكِ المَغْصُوبِ منه ، فلا يَنْجَبِرُ مِلْكُ الإِنْسانِ بمِلْكِه .

[٢٧٦/٤ظ] **٢٣١٥** – مسألة : (فإن عادَ مثلُ الزِّيادَةِ الأُولَى مِن جِنْسِها) مثلَ أن كانت قِيمَتُها مائةً فسَمِنَتْ فبَلَغَتْ أَلْفًا ، ثم هَزَلَتْ فعادَتْ إلى مائَةٍ ، ثم سَمِنَتْ فعادَتْ إلى أَلْفٍ ، ففيه وَجْهان ؛ أَحَدُهما ، يَرُدُّها زائِدَةً ، ويَضْمَنُ نَقْصَ الزِّيادَةِ الأُولَى ، كما لو كانا مِن جِنْسَيْن ؛ لأَنَّ الزِّيادَةَ الثّانِيَةَ غيرُ الأُولَى . فعلى هذا ، إن هَزَلَتْ مَرَّةً ثانيةً فعادَتْ إلى مِائَةٍ ، ضَمِنَ

الإنصاف

قوله : وإنْ عادَ مثلُ الزِّيادَةِ الأُولَى مِن جِنْسِها – مثلَ ، أنْ كانتْ قِيمَتُها مِائَةً ، فزادَتْ إلى أَلْفٍ ؛ لسِمَنٍ ، ونحوِه ، ثم هَزَلَتْ فعادَتْ إلى مِائَةٍ ، ثم سَمِنَتْ فزادَتْ

(١ – ١) سقط من : تش ، م .

الشرح الكبير

النَّقْصَيْن بألْفٍ وثَمانِمائَةٍ . والثانى ، إذا رَدَّها سَمِينَةً ، فلا شئَ عليه ؛ لأنَّ ما ذَهَب عادَ ، فهى كما لو مَرِضَتْ فنَقَصَتْ ، ثم بَرِئَتْ فعادَتِ القِيمَةُ ، أو نَسِيَتْ صِناعَةً ثم تَعَلَّمَتْها ، أو أَبَقَ عَبْدٌ ثم عادَ . وفارَقَ ما إذا زادَتْ مِن جِهَةٍ أُخْرَى ؛ لأنه لم يَعُدْ ما ذَهَب . وهذا الوَجْهُ أقْيَسُ ؛ لِما ذَكَرْنا مِن الشَّواهِدِ . فعلى هذا ، لو سَمِنَتْ بعدَ الهُزالِ و لم تَبْلُغْ قِيمَتُها إلى ما بَلَغَتْ بالسِّمَنِ الأوَّلِ ، أو زادَتْ عليه ، ضَمِن أكْثَرَ الزِّيادَتَيْن ، و[1] تَدْخُلُ فيها الأُخْرَى . وعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، يَضْمَنُهما جَمِيعًا . فأمّا إن زادَتْ بالتَّعْلِيمِ أو الصِّناعَةِ ، ثم نَسِيَتْ ثم تَعَلَّمَتْ ما نَسِيَتْه فعادَتِ القِيمَةُ الأُولَى ، لم يَضْمَنِ النَّقْصَ الأوّلَ؛ لأنَّ العِلْمَ الثانىَ هو الأوَّلُ، فقد عادَ ما ذَهَب. وإن تَعَلَّمَتْ[2] عِلْمًا آخرَ أو صِناعَةً أُخْرَى، فهو كعَوْدِ السِّمَنِ ، فيه وَجْهان. ذَكَرَه القاضِى. وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ. وقال أبو الخَطّاب: متى زادَتْ ثم نَقَصَتْ، ثم زادَتْ مِثْلَ الزِّيادَةِ الأُولَى، ففى ذلك وَجْهان، سَواءٌ كانَا مِن جِنْسٍ ، كالسِّمَنِ مَرَّتَيْن ، أو مِن جِنْسَيْن كالسِّمَنِ والتَّعَلُّمِ ، والأوَّلُ أَوْلَى .

الإنصاف

إلى ألْفٍ – لم يَضْمَنْها فى أَحَدِ الوَجْهَيْن . وهما احْتِمالان للقاضى فى « المُجرَّدِ » . وأطْلَقهما في « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَب » ، و « المُسْتَوْعِب » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ؛ أحدُهما ، لا يضْمَنُها . وهو المذهبُ . قال الحارِثِىُّ : هذا المذهبُ ؛

---

(١) سقط من : الأصل ، تش .

(٢) فى الأصل ، تش : « تعلم » .

المقنع

وَإِنْ كَانَتْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ الْأُولَى ، لَمْ يَسْقُطْ ضَمَانُهَا . وَإِنْ غَصَبَ عَبْدًا مُفْرِطًا فِى السِّمَنِ ، فَهَزَلَ فَزَادَتْ قِيمَتُهُ ، رَدَّهُ وَلَا شَىْءَ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

٢٣١٦ – مسألة : (وإن كانت مِن غيرِ جِنْسِ الأُولَى ، لم يَسْقُطْ ضَمانُها) وقد ذكَرْناه فى المسألة قبلَها .

٢٣١٧ – مسألة : (وإن غَصَب عَبْدًا مُفرِطًا فى السِّمَنِ ، فهَزَلَ فزادَتْ قِيمَتُه) أو لم يَنْقُصْ (رَدَّه ، ولا شىءَ عليه) لأنَّ الشَّرْعَ إنَّما أَوْجَبَ

الإنصاف

لنَصِّه فى الخَلْخالِ ، يُكْسَرُ ؟ قال : يُصْلِحُه أحَبُّ إلىَّ . وهو أحدُ صُوَرِ المَسْأَلةِ . وصحَّحه فى « التَّصحيحِ » . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : هذا أَقْيَسُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، يضْمَنُها . قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » : ضَمِنَها فى أصحِّ الوَجْهَيْن . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » .

قوله : وإنْ كانَتْ مِن غيرِ جِنْسِ الأُولَى ، لم يَسْقُطْ ضَمانُها . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « التَّلْخيصِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، وقال : هذا المذهبُ . وقيل : يسْقُطُ الضَّمانُ . ذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ . وأطْلَقهما فى « الشَّرْحِ » .

فائدة : مِن صُوَرِ المَسْأَلةِ ، لو كان الذَّاهِبُ عِلْمًا أو صِناعَةً ، فتعلَّمَ عِلْمًا آخَرَ ، أو صِناعَةً أُخْرَى . قالَه الحارِثِىُّ . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : هو كعَوْدِ السِّمَنِ ، يَجْرِى فيها الوَجْهان . قال الحارِثِىُّ : والصَّحيحُ الأَوَّلُ .

الشرح الكبير

فى هذا ما نَقَص مِن القِيمَةِ ، ولم يُقَدَّرْ بدَلَه ، ولم تَنْقُصِ القِيمَةُ ، فلم يَجِبْ شىءٌ .

فصل : فإن نَقَصتْ عَيْنُ المَغْصُوبِ دُونَ قِيمَتِه ، لم يَخْلُ مِن ثَلاثَةِ أقْسامٍ ؛ أحدُها ، أن يكونَ الذاهِبُ مُقَدَّرَ البَدَلِ ، [٤/٢٧٧و] كعَبْدٍ خَصَاه ، وزَيْتٍ أَغْلاه ، ونُقْرَةٍ ضَرَبَها دَرَاهِمَ فنَقَصتْ عَيْنُها دُونَ قِيمَتِها ، فإنَّه يَجِبُ ضَمانُ النَّقْصِ ، فيَضْمَنُ العَبْدَ بقِيمَتِه ، ونَقْصَ الزَّيْتِ والنُّقْرَةِ بمِثْلِها ، مع رَدِّ الباقِى منهما ؛ لأنَّ الناقِصَ مِن العَيْنِ (١له بَدَلٌ١) مُقَدَّرٌ ، فلَزِمَ ما يُقَدَّرُ به ، كما لو أذْهَبَ الكُلَّ . الثانى ، أن لا يكونَ مُقَدَّرًا ، كهُزَالِ العَبْدِ إذا لم تَنْقُصْ قِيمَتُه ، وقد ذَكَرْناه . الثالثُ ، أن يكونَ النَّقْصُ مُقَدَّرَ البَدَلِ ، لكِنَّ الذاهِبَ منه أجْزاءٌ غيرُ مَقْصُودَةٍ ، كعَصِيرٍ أغْلاه فذَهَبَتْ مائِيَّتُه وانْعَقَدَتْ أجْزاؤُه ، فنَقَصتْ عَيْنُه دونَ قِيمَتِه ، فلا شىءَ فيه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ، سِوَى رَدِّه ؛ لأنَّ النّارَ إنَّما أذْهَبَتْ مائِيَّتَه التى يُقْصَدُ إذْهابُها ، ولهذا تَزْدادُ حَلاوَتُه وتَكْثُرُ قِيمَتُه ، فهو كسِمَنِ العَبْدِ الذى لا تَنْقُصُ به قِيمَتُه إذا ذَهَب . والثانى ، يَجِبُ ضَمانُه ؛ لأنَّه مُقَدَّرُ البَدَلِ ، فأشْبَهَ الزَّيْتَ إذا أغْلاه . وإن نَقَصَتِ العَيْنُ والقِيمَةُ جَمِيعًا ، وَجَب فى الزَّيْتِ وشِبْهِه ضَمانُ النَّقْصَيْنِ جَمِيعًا ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما مَضْمُونٌ مُنْفَرِدًا ، فكذلك إذا اجْتَمَعَا ، وذلك مثلُ رَطْلِ زَيْتٍ قِيمَتُه دِرْهَمٌ ، فأغْلاه فنَقَصَ ثُلُثُه ،

(١ - ١) سقط من : الأصل .

المقنع

وَإِنْ نَقَصَ الْمَغْصُوبُ نَقْصًا غَيْرَ مُسْتَقِرٍّ ، كَحِنْطَةٍ ابْتَلَّتْ وَعَفِنَتْ ، خُيِّرَ بَيْنَ أَخْذِ مِثْلِهَا ، وَبَيْنَ تَرْكِهَا حَتَّى يَسْتَقِرَّ فَسَادُهَا وَيَأْخُذَهَا وَأَرْشَ نَقْصِهَا .

الشرح الكبير

وصار قِيمَةُ الباقِي نِصْفَ دِرْهَمٍ ، فعليه ثُلُثُ رَطْلٍ وسُدْسُ دِرْهَمٍ ، وإن كان قِيمَةُ الباقِي[1] ثُلُثَىْ دِرْهَمٍ ، فليس عليه أكْثَرُ مِن ثُلُثِ رَطْلٍ ؛ لأنَّ قِيمَةَ الباقِي لم تَنْقُصْ . وإن خَصَى العَبْدَ فنَقَصَتْ قِيمَتُه ، فليس عليه أكْثَرُ مِن ضَمانِ خُصْيَتَيْه ؛ لأنَّ ذلك بمَنْزِلَةِ ما لو فَقَأَ عَيْنَه .

٢٣١٨ – مسألة : (وإن نَقَص المَغْصُوبُ نَقْصًا غيرَ مُسْتَقِرٍّ ، كحِنْطَةٍ ابْتَلَّتْ وعَفِنَتْ) وخَشِيَ فَسَادَها ، فعليه ضَمانُ نَقْصِه . وقال القاضى : عليه بَدَلُه ؛ لأنَّه لا يُعْلَمُ قَدْرُ نَقْصِه . وهذا مَنْصُوصُ الشافِعِىِّ .

الإنصاف

قوله : وإنْ نَقَصَ المَغْصُوبُ نَقْصًا غيرَ مُسْتَقِرٍّ ، كحِنْطَةٍ ابْتَلَّتْ وعَفِنَتْ ، خُيِّرَ بينَ أَخْذِ مِثْلِها وبينَ تَرْكِها حتى يَسْتَقِرَّ فسادُها ، ويأْخُذَها وأَرْشَ نَقْصِها . هذا أحدُ الوُجوهِ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، و « النَّظْمِ » . قال المُصَنِّفُ : قَوْلُ أبِى الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » لا بَأْسَ به . وقيل : له أَرْشُ ما نقَصَ به مِن غيرِ تَخْيِيرٍ . اخْتارَه المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » . وقيل : يَضْمَنُه ببَدَلِه ، كما فى الهالِكِ . قال الحارِثِىُّ : وهو قَوْلُ القاضى ، وأصحابِه ؛ الشَّريفِ أبِى جَعْفَرٍ ، وابنِ عَقِيلٍ ، والقاضى يَعْقُوبَ بنِ إبْراهِيمَ ، والشِّيرازِىِّ ، وأبِى الخَطَّابِ فى « رُءوسِ المَسائلِ » ،

---

(١) فى ق : « الثانى » .

الشرح الكبير

وله قولٌ آخرُ ، أنَّه يَضْمَنُ نَقْصَه ، وكلما نَقَص شئٌ ضَمِنَه ؛ لأَنَّه يَسْتَنِدُ إلى السَّبَبِ المَوْجُودِ فى يَدِ الغاصِبِ ، فكان كالمَوْجُودِ فى يَدِه . وقال أبو الخَطّابِ : يَتَخَيَّرُ صاحِبُه بينَ أَخْذِ بَدَلِه وبينَ تَرْكِه حتى يَسْتَقِرَّ فسادُه ، ويَأْخُذَ أَرْشَ نَقْصِه . وهو الذى ذَكَره شيخُنا فى [٢٧٧/٤ظ] الكِتَابِ المَشْرُوحِ . وقال أبو حنيفةَ : يَتَخَيَّرُ بينَ أَخْذِه ، ولا شئَ له ، أو تَسْلِيمِه إلى الغاصِبِ ويَأْخُذُ قِيمَتَه ؛ لأَنَّه لو ضَمِنَ النَّقْصَ مع أَخْذِه لَحَصَلَ له مِثْلُ كَيْلِه وزِيادةٌ ، وهذا لا يَجُوزُ ، كما لو باع قَفِيزًا جَيِّدًا بقَفِيزٍ رَدِئٍ (١ودِرْهَمٍ ١) . ولَنا ، أنَّ عَيْنَ مالِه باقِيَةٌ ، وإنَّما حَدَثَ فيه نَقْصٌ ، فوَجَبَ فيه ما نَقَص ، كما لو كان عَبْدًا فمَرِضَ . وقد وافقَ بعضُ أصحابِ الشافعىِّ على هذا فى العَفَنِ ، وقال : يَضْمَنُ ما نَقَص . قَوْلًا واحِدًا ، ولا يَضْمَنُ

الإنصاف

والشَّريفِ الزَّيْدِىِّ[٢] . واخْتارَه ابنُ بَكْرُوسٍ . وخيَّرَه فى « التَّرْغِيبِ » بينَ أَخْذِه مع أَرْشِه ، وبينَ أَخْذِ بدَلِه . وأَطْلَقَهُنَّ فى « الفُروعِ » .

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ إذا لم يَسْتَقِرَّ العَفَنُ ، أَمَّا إنِ اسْتَقَرَّ ، فالأَرْشُ بغيرِ خِلافٍ فى المذهبِ . قالَه الحارِثِىُّ .

(١ - ١) سقط من : تش ، م .

(٢) على بن محمد بن على ، الهاشمى ، الزيدى ، الحرانى ، أبو القاسم ، إمام عالم مقرئ ، شيخ حران . تلا بالروايات على أبى بكر النقاش ، وروى عنه تفسيره « شفاء الصدور » . توفى سنة ثلاث وثلاثين وأربعمائة . سير أعلام النبلاء ١٧/٥٠٥ ، ٥٠٦ .

المقنع

وَإِنْ جَنَى الْمَغْصُوبُ ، فَعَلَيْهِ أَرْشُ جِنَايَتِهِ ، سَوَاءٌ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ [١٣٩و] أَوْ غَيْرِهِ .

الشرح الكبير

ما تَوَلَّدَ فيه ؛ لأنَّه ليس مِن فِعْلِه . وهذا الفَرْقُ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ البَلَلَ قد يكونُ مِن غيرِ فِعْلِه أيضًا ، وقد يكونُ العَفَنُ بسَبَبٍ منه . ثم إنَّ ما وُجِدَ فى يَدِ الغاصِبِ فهو مَضْمُونٌ عليه ؛ لوُجُودِه فى يَدِه ، فلا فَرْقَ . وقولُ أبى حنيفةَ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الطَّعامَ عَيْنُ مالِه ، وليس ببَدَلٍ عنه . قال شيخُنا(١) : وقولُ أبى الخَطّابِ لا بَأْسَ به . واللهُ أعْلَمُ .

٢٣١٩ – مسألة : (وإن جَنَى المَغْصُوبُ ، فعليه أرْشُ جنايَتِه ، سَواءٌ جَنَى على سَيِّدِه أو غيرِه) إذا جَنَى العَبْدُ المَغْصُوبُ ، فجِنايَتُه مَضْمُونَةٌ على الغاصِبِ ؛ لأنَّه نَقْصٌ فى العَبْدِ الجانِى ، لكَوْنِ الجِنايَةِ تتَعَلَّقُ برَقَبَتِه ، فكان مَضْمُونًا على الغاصِبِ ، كسائِرِ نَقْصِه . وسَواءٌ فى ذلك ما يُوجِبُ القِصاصَ أو المالَ . ولا يَلْزَمُه أكْثَرُ مِن النَّقْصِ الذى لَحِقَ العَبْدَ . وكذلك إن جَنَى على سَيِّدِه ؛ لأنَّها مِن جُمْلَةِ جِناياتِه ، فكان مَضْمُونًا (٢على الغاصِبِ٢) ، كالجِنايَةِ على الأجْنَبِىِّ .

الإنصاف

قوله : وإنْ جَنَى المَغْصُوبُ ، فعليه أَرْشُ جِنايَتِه ، سَواءٌ جَنَى على سَيِّدِه ، أو غيرِه . إنْ جَنَى على غيرِ سَيِّدِه ، فعلى الغاصِبِ أَرْشُ الجِنايَةِ ، بلا نِزاعٍ ، وسَواءٌ فى ذلك ما يُوجِبُ القِصاصَ والمالَ ، ولا يَلْزَمُه أكْثَرُ مِنَ النَّقْصِ الذى لَحِقَ العَبْدَ .

---

(١) فى : المغنى ٧/٣٧٦ .

(٢ – ٢) سقط من : تش ، م .

الشرح الكبير

فصل : (1) إذا جَنَى العَبْدُ المَغْصُوبُ جنايَةً أوْجَبَتِ القِصاصَ ، فاقْتُصَّ منه ، ضَمِنَه الغاصِبُ بقِيمَتِه ؛ لأنَّ التَّلَفَ فى يَدِه ، فإن عُفِىَ عنه على مالٍ ، تَعَلَّقَ برَقَبَتِه ، وضَمانُه على الغاصِبِ ؛ لأنه نَقْصٌ حَدَث فى يَدِه ، فلَزِمَه ضَمانُه (1) ، ويَضْمَنُه بأقَلِّ الأمْرَيْن مِن قِيمَتِه أو أَرْشِ جِنايَتِه ، كما يَفْدِيه سَيِّدُه . وإن جَنَى على ما دونَ النَّفْسِ ، مثلَ أن قَطَع يَدًا فقُطِعَتْ يَدُه قِصَاصًا ، فعلى الغاصِبِ ما نَقَص العَبْدُ بذلك دونَ أَرْشِ اليَدِ ؛ لأنَّ اليَدَ ذَهَبَتْ بسَبَبٍ [٢٧٨/٤و] غيرِ مَضْمُونٍ ، فأشْبَهَ ما لو سَقَطَتْ . وإن عُفِىَ عنه على مالٍ ، تَعَلَّقَ أرْشُ اليَدِ برَقَبَتِه ، وعلى الغاصِبِ أقَلُّ الأمْرَيْن مِن قِيمَتِه أو أرْشِ اليَدِ . فإن زادَتْ جِنايَةُ العَبْدِ على قِيمَتِه ، ثم ماتَ ، فعلى الغاصِبِ قِيمَتُه ، يَدْفَعُها إلى سَيِّدِه ، فإذا أخَذَها تَعَلَّقَ أرْشُ الجِنايَةِ بها ؛ لأنَّها كانت مُتَعَلِّقَةً بالعَبْدِ ، فتعَلَّقَتْ ببَدَلِه ، كما أنَّ الرَّهْنَ إذا أتْلَفَه مُتْلِفٌ وَجَبَتْ قِيمَتُه وتَعَلَّقَ الرَّهْنُ بها . فإذا أخَذَ وَلِىُّ الجِنَايةِ القِيمَةَ مِن المالِكِ ، رَجَع المالِكُ على الغاصِبِ بقِيمَتِه مَرَّةً أُخْرَى ؛ لأنَّ القِيمَةَ التى أخَذَها اسْتُحِقَّتْ بسَبَبٍ

الإنصاف

وإنْ جَنَى على سَيِّدِه ، فعلى الغاصِبِ أيضًا أرْشُ الجِنايَةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : لا يَضْمَنُ جنايَتَه على سَيِّدِه ؛ لتَعَلُّقِها برَقَبَتِه . قال الحارِثِىُّ : إذا جَنَى على سَيِّدِه ، فقال المُصَنِّفُ ، وأبو الخَطَّابِ : يضْمَنُ الغاصِبُ أيضًا . واسْتَدَلَّ له بالقِياسِ على الأجْنَبِىِّ ، قال : وإنَّما يتَمَشَّى هذا حالَةَ الاقْتِصاصِ

(١ - ١) سقط من : تش ، م .

الشرح الكبير

كان فى يَدِ الغاصِبِ ، فكان مِن ضَمانِه . ولو كان العَبْدُ وَدِيعَةً فجَنَى جنايَةً اسْتَغْرَقَتْ قِيمَتَه ، ثم إنَّ المُودَعَ قَتَلَه بعدَها ، فعليه قِيمَتُه ، وتعَلَّقَ بها أَرْشُ الجِنايَةِ ، فإذا أخذَها وَلِىُّ الجِنايَةِ ، لم يَرْجِعْ على المُودَعِ ؛ لأنَّه جَنَى وهو غيرُ مَضْمُونٍ عليه . ولو جَنَى العَبْدُ فى يَدِ سَيِّدِه جنايَةً تَسْتَغْرِقُ قِيمَتَه ، (1)ثم غُصِبَ فجَنَى فى يَدِ الغاصِبِ جِنايَةً تَسْتَغْرِقُ قِيمَتَه(1) ، بِيعَ فى الجنايَتَيْنِ ، وقُسِمَ ثَمَنُه بينَهما ، ورَجَعَ صاحِبُ العَبْدِ على الغاصِبِ بما أخذَه الثانى منهما ؛ لأنَّ الجِنايَةَ كانت فى يَدِه ، وكان للمَجْنِىِّ عليه أوّلًا أن يَأْخُذَه دونَ الثانى ؛ لأنَّ الذى يَأْخُذُه المالِكُ مِن الغاصِبِ هو عِوَضُ ما أخذَه المَجْنِىُّ عليه ثانيًا ، فلا يَتعَلَّقُ به حَقُّه ، ويتعَلَّقُ به حَقُّ الأوّلِ ؛ لأنَّه بَدَلٌ عن قِيمَةِ الجانِى ، لا يُزاحَمُ فيه . وإن مات هذا العَبْدُ فى يَدِ الغاصِبِ ، فعليه قِيمَتُه تُقْسَمُ بينَهما ، ويَرْجِعُ المالِكُ على الغاصِبِ بنِصْفِ القِيمَةِ ؛ لأنَّه ضامِنٌ للجِنايَةِ الثانيَةِ ، ويكونُ للمَجْنِىِّ عليه أوَّلًا أن يَأْخُذَه ؛ لِما ذَكَرْنا .

الإنصاف

لوُجودِ الفَواتِ ، أمَّا حالَةَ عدَمِ الاقْتِصاصِ ، فلا ؛ لأنَّ الفَواتَ مُنْتَفٍ ، فالضَّمانُ مُنْتَفٍ . وإنَّما قُلْنا : الفواتُ مُنْتَفٍ ؛ لأنَّ الغايَةَ ، إذا تَعَلَّقَ الأَرْشُ بالرَّقَبَةِ ، وهو غيرُ مُمْكِنٍ ؛ لأنَّ مِلْكَ المَجْنِىِّ عليه فيها حاصِلٌ ، فلا يُمْكِنُ تَحْصِيلُه ، فيكونُ حالَةَ عدَمِ القِصاصِ هَدَرٌ . ثم قال بعدَ ذلك : وأمَّا الجِنايَةُ المُوجِبَةُ للمالِ ؛ كالخَطَأِ وإتْلافِ المالِ ، فمُتَعَلِّقَةٌ بالرَّقَبَةِ ، وعلى الغاصِبِ تخْلِيصُها بالفِداءِ وبما يَفْدِى . قال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُهم : بأقَلِّ الأمْرَيْن مِنَ القِيمَةِ أو أَرْشِ الجِنَايَةِ . ولم يُورِدُوا هنا القَوْلَ بالأَرْشِ بالِغًا ما بلَغ ، كما فى فِداءِ السَّيِّدِ للعَبْدِ

(1 - 1) سقط من : تش ، م .

المقنع

وَجنايَتُهُ عَلَى الْغَاصِبِ وَعَلَى مَالِهِ هَدَرٌ. وَتُضْمَنُ زَوَائِدُ الْغَصْبِ ؛ كَالْوَلَدِ ، وَالثَّمَرَةِ إِذَا تَلِفَتْ أَوْ نَقَصَتْ ، كَالْأَصْلِ .

الشرح الكبير

٢٣٢٠ - مسألة : (وجِنايَتُه على الغاصِبِ وعلى مالِه هَدَرٌ) لأنَّه إذا جَنَى على أَجْنَبِيٍّ وَجَب أَرْشُه على الغاصِبِ ، فلو وَجَب له شيءٌ ، لوَجَب على نَفْسِه ، فكان هَدَرًا .

٢٣٢١ - مسألة : (وتُضْمَنُ زَوائِدُ الغَصْبِ ؛ كالوَلَدِ ، والثَّمَرَةِ إذا تَلِفَتْ أو نَقَصَتْ ، كالأَصْلِ) سَواءٌ تَلِف[1] مُنْفَرِدًا أو مع أَصْلِه ، مثل ثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ ، ووَلَدِ الحَيَوانِ . وبهذا قال [٢٧٨/٤ظ] الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ : لا يَجِبُ ضَمانُ زَوائِدِ الغَصْبِ إلَّا أن يُطالَبَ بها فيَمْتَنِعَ

الإنصاف

الجانِى ؛ لأنَّ الذى ذكَرُوه هو الأصحُّ ، لا لأنَّ الخِلافَ غيرُ مُطَّرِدٍ ، وفى كَوْنِ الأوَّلِ هو الأصَحَّ بَحْثٌ . انتهى .

فائدتان ؛ إحْداهما ، قولُه : وجِنايَتُه على الغاصِبِ وعلى مالِه هَدَرٌ . بلا نِزاعٍ .

وقوله : وتُضْمَنُ زَوائِدُ الغَصْبِ ؛ كالوَلَدِ ، والثَّمَرةِ إذا تَلِفَتْ ، أو نقَصَتْ كالأَصْلِ . بلا نِزاعٍ [١٩١/٢ ظ] فى الجُمْلَةِ . فإذا غصَب حامِلًا أو حائِلًا ، فحَمَلَتْ عندَه ، فالوَلَدُ مضْمونٌ عليه ، ثم إذا ولَدَتْ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ تَلِدَه حيًّا ، أو مَيْتًا ؛ فإنْ وَلَدَتْ مَيْتًا ، وكان قد غصَبَها حامِلًا ، فلا شيءَ عليه ؛ لأنَّه لا يَعْلَمُ حَياتَه . وإنْ كان غصَبَها حائِلًا ، فحَمَلَتْ وولَدَتْه مَيْتًا ، فكذلك عندَ القاضى ، وعندَ أبيه أبى الحُسَيْنِ ، يَضْمَنُه بقِيمَتِه لو كان حَيًّا . وقال المُصَنِّفُ ، ومَن تَبِعَه : والأَوْلَى أنَّه يَضْمَنُه بعُشْرِ قِيمَةِ أُمِّه . وإنْ وَلَدَتْه حيًّا ومات ، فعليه قِيمَتُه يومَ تَلَفِه .

---

(١) فى م : « كان » .

الشرح الكبير

مِن أدائِها ؛ لأنَّها غيرُ مَغْصُوبَةٍ ، فلا يَجبُ ضَمانُها ، كالوَدِيعَةِ . ودَلِيلُ عَدَمِ الغَصْبِ أنَّه فِعْلٌ مُحَرَّمٌ ، (1)وثُبُوتُ(1) يَدِه على هذه الزَّوائدِ (2)ليس مِن فِعْلِه ؛ لأنَّه انْبَنَى على وُجُودِ الزَّوائِدِ فى يَدِه ، ووُجُودُها ليس بفِعْلٍ مُحَرَّمٍ منه . ولَنا ، أنَّه مالُ المَغْصُوبِ منه ، حَصَلَ فى يَدِه ، فيَضْمَنُه بالتَّلَفِ ، كالأصْلِ . قَوْلُهم : إنَّ إثْباتَ يَدِه ليس مِن فِعْلِه . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه بإمْساكِ الأُمِّ تَسَبَّبَ إلى إثْباتِ يَدِه على هذه الزَّوائِدِ(2) ، وإثْباتُ يَدِه على الأُمِّ مَحْظُورٌ .

الإنصاف

الثَّانيةُ ، قال فى « الفُروعِ » ، فى هذا البابِ ، فى أوَّلِ الفَصْلِ الأخِيرِ منه : وإطْلاقُ الأصحابِ بأنَّه لا يضْمَنُ ما أتْلَفَتْه بهِيمَةٌ لا يَدَ عليها ظاهِرَةٌ ، ولو كانتْ مغْصُوبَةً ؛ لظاهِرِ الخَبَرِ ، وعلَّلَ الأصحابُ المَسْألَةَ بأنَّه لا تفْريطَ مِنَ المالِكِ ، ولا ذِمَّةَ لها فيتَعَلَّقُ بها ، ولا قَصْدَ فيَتَعَلَّقُ برَقَبتِها ، (3)بخِلافِ الطِّفْلِ الصَّغِيرِ والعَبْدِ(3) ، ويُبَيِّنُ ذلك أنَّهم ذكَرُوا جِنايَةَ العَبْدِ المَغْصوبِ ، وأنَّ الغاصِبَ يَضْمَنُها ، وقالُوا : لأنَّ جِنايَتَه تتَعَلَّقُ برَقَبَته فضَمِنَها ؛ لأنَّه نقْصٌ حصَلَ فى يَدِ المَغْصُوبِ . فهذا التَّخْصِيصُ وتَعْلِيلُه يقْتَضِى خِلافَه فى البَهِيمَةِ . قال : وهذا فيه نَظَرٌ ، ولهذا قال ابنُ عَقِيلٍ فى جِناياتِ البَهائمِ : لو نَقَبَ لِصٌّ ، وترَكَ النَّقْبَ ، فخرَجَتْ منه بَهِيمَةٌ ، ضَمِنَها ، وضَمِنَ ما تَجْنِى بإفْلاتِها وتَخَلِّيها . وقد يَحْتَمِلُ ، إنْ حازَها وترَكَها بمَكانٍ ، ضَمِنَ ؛ لتَعدِّيه بتَرْكِها فيه ، بخِلافِ ما لو تَرَكَها بمَكانِها وَقْتَ الغَصْبِ . وفيه

(1 - 1) فى الأصل ، م : « بثبوت » .

(2 - 2) سقط من : م .

(3 - 3) سقط من النسخ ، انظر الفروع ٤/٥٢١ .

المقنع

فَصْلٌ : وَإِنْ خلطَ الْمَغْصُوبَ بِمَالِهِ عَلَى وَجْهٍ لَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ ، مِثْلَ أَنْ خَلطَ حِنْطَةً أَوْ زَيْتًا بِمِثْلِهِ ، لَزِمَهُ مِثْلُهُ مِنْهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخَرِ ، يَلْزَمُهُ مِثْلُهُ مِنْ حَيْثُ شَاءَ .

الشرح الكبير

٢٣٢٢ – مسألة : (وإن خَلَط المَغْصُوبَ بمالِه على وَجْهٍ لا يتَمَيَّزُ منه ، مثلَ أن خَلَط حِنْطَةً أو زَيْتًا بمِثْلِه ، لزِمَه مِثْلُه منه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن . وفى الآخَرِ ، يَلْزَمُه مِثْلُه مِن حيثُ شاءَ) إذا خَلَط المَغْصُوبَ بمالِه بحيثُ لا يتَمَيَّزُ منه ، كزَيْتٍ بزَيْتٍ ، أو دَقِيقٍ بمِثْلِه ، أو دَراهِمَ أو دَنانِيرَ بمِثْلِها ،

الإنصاف

نَظَرٌ . ولهذا قال الأصحابُ ، فى نَقْلِ التُّرابِ مِنَ الأَرْضِ المَغْصُوبَةِ : إنْ أرادَه الغاصِبُ ، وأبَى المالِكُ ، فللغاصِبِ ذلك مع غَرَضٍ صحيحٍ ؛ مِثْلَ أنْ كان نقَلَه إلى مِلْكِ نَفْسِه ، فيَنْقُلُه ليَنْتَفِعَ بالمَكانِ ، أو كان طرَحَه فى طريقٍ ، فيَضْمَنُ ما يتَجَدَّدُ به مِن جِنايَةٍ على آدَمِىٍّ ، أو بَهِيمَةٍ . ولا يَمْلِكُ ذلك بلا غَرَضٍ صحيحٍ ، مثْلَ أنْ كان نقَلَه إلى مِلْكِ المالِكِ ، أو طَرَفِ الأَرْضِ التى حفَرَها ، ويُفارِقُ طَمَّ البِئْرِ ؛ لأنَّه لا ينْفَكُّ عن غرَضٍ ؛ لأنَّه[1] يُسْقِطُ ضَمانَ جِنايَةِ الحَفْرِ . زادَ ابنُ عَقِيلٍ ، ولعَلَّه مَعْنَى كلامِ بعضِهم ، أو جِنايَةِ الغيرِ بالتُّرابِ . انتهى كلامُ صاحبِ « الفُروعِ » . ومَحَلُّ هذه الفائِدَةِ ، عندَ ضَمانِ ما أتْلَفَتِ البَهِيمَةُ ، لكِنْ لها هنا نَوْعُ تعَلُّقٍ .

قوله : وإنْ خلَطَ المَغْصُوبَ بمالِه على وَجْهٍ لا يَتَمَيَّزُ ؛ مِثْلَ أنْ خلَطَ حِنْطَةً أو زَيْتًا بمِثْلِه – قال فى « الرِّعايَةِ » : ولم يَشْتَرِكا فيهما . انتهى – لَزِمَه مِثْلُه منه فى أَحَدِ الوَجْهَيْن . وهو المذهبُ . وهو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ . قال فى « القاعِدَةِ الثَّانيةِ والعِشْرِين » : المَنْصُوصُ فى رِوايَةِ عبدِ اللهِ ، وأبى الحارِثِ ، أنَّه اشْتِراكٌ فيما إذا

---

(١) فى الأصل : « لا » .

الشرح الكبير

فقال ابنُ حامدٍ : يَلْزَمُه مِثْلُ المَغْصُوبِ منه . وهو ظاهِرُ كَلامِ أحمدَ ؛ لأنَّه[1] نَصَّ على أنه يكونُ شَرِيكًا إذا خلَطَه بغيرِ جِنْسِه ، فيكونُ تَنْبيهًا على ما إذا خَلَطَه بجِنْسِه . وهو قولُ بعضِ الشّافِعِيَّةِ ، إلَّا فى الدَّقِيقِ ، فإنَّه تَجِبُ قِيمَتُه ؛ لأنَّه عندَهم ليس بمِثْلِيٍّ . وقال القاضِى : قِياسُ المَذْهَبِ أنَّه يَلْزَمُه مثلُه مِن حيثُ شاءَ الغاصِبُ ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ عليه رَدُّ عَيْنِ مالِه بالخَلْطِ ، أشْبَهَ ما لو تَلِفَ ؛ لأنَّه لا يَتَمَيَّزُ له شىءٌ مِن مالِه . ولَنا ، أنَّه قَدَر على دَفْعِ بعضِ مالِه إليه مع رَدِّ المِثْلِ فى الباقِى ، فلم يَنْتَقِلْ إلى المِثْلِ فى الجَمِيعِ ، كما لو غَصَب صاعًا فتَلِفَ بعضُه ؛ وذلك لأنَّه إذا دَفَع إليه منه ، فقد دَفَع إليه بعضَ مالِه وبَدَلَ الباقِى ، فكان أَوْلَى مِن دَفْعِه مِن غيرِه .

الإنصاف

خلَطَ زَيْتَه بزَيْتِ غيرِه . واخْتارَه ابنُ حامدٍ ، والقاضى فى « خِلافِه » ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، والمُصَنِّفُ ، والشّارِحُ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « العُمْدَةِ » . قال فى « الوَجيزِ » : فهما شَرِيكان . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . قال الحارِثِىُّ : هذا أَمَسُّ بالمذهبِ ، وأقْرَبُ إلى الصَّوابِ . وفى الآخَرِ ، يَلْزَمُه مِثْلُه مِن حيثُ شاءَ ، اخْتارَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وقال : هذا قِياسُ المذهبِ . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائِقِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرِهم . قال فى « الفُروعِ » : وقال فى « الوَسِيلَةِ » ، و « المُوجَزِ » : يُقْسَمُ بينَهما بقَدْرِ قِيمَتِهما . انتهى . وقال الحارِثِىُّ : وفيه وَجْهٌ

---

(١) بعده فى م : « لا » .

المقنع

وَإِنْ خَلَطَهُ بِدُونِهِ ، أَوْ خَيْرٍ مِنْهُ ، أَوْ بِغَيْرِ جِنْسِهِ ، لَزِمَهُ مِثْلُهُ فِي قِيَاسِ الَّتِي قَبْلَهَا . وَظَاهِرُ كَلَامِهِ أَنَّهُمَا شَرِيكَانِ بِقَدْرِ مِلْكَيْهِمَا .

الشرح الكبير

٢٣٢٣ – مسألة : (وإن خَلَطَه بدُونِه ، أو خَيْرٍ منه ، أو بغيرِ جِنْسِه) فله (مِثْلُه فى قِياسِ التى قبلَها . وظاهِرُ كَلامِ أحمدَ ، أنَّهما شَرِيكان بقَدْرِ مِلْكَيْهِما) فإنَّه قال فى رِوايةِ أبى الحارِثِ ، فى رجلٍ له

الإنصاف

ثالثٌ ، وهو الشَّرِكَةُ ، كما فى الأوَّلِ ، لكِنْ يُباعُ ويُقْسَمُ الثَّمَنُ على الحِصَّةِ . كذا أطْلَقَ القاضى يَعْقُوبُ بنُ إبْراهِيمَ فى « تَعْليقِه » ، وأبو الخَطَّابِ ، وأبو الحَسَنِ ابنُ بَكْروسٍ ، وغيرُهما فى « رُءوسِ مَسائِلِهم » ، حتى قالوا به فى الدَّنانِيرِ والدَّراهِمِ . وقالَه ابنُ عَقِيلٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، وأظُنُّه قَوْلَ القاضى ، فى « التَّعْليقِ الكَبيرِ » . انتهى . ثم قال : وأمَّا إجْراءُ هذا الوَجْهِ فى الدَّنانيرِ والدَّراهِمِ ، فَواهٍ جدًّا ؛ لأنَّها قِيَمُ الأشْياءِ ، وقِسْمَتُها مُمْكِنَةٌ ، فأىُّ فائدَةٍ فى البَيْعِ ؟ وردَّ هذا الوَجْهَ الأخِيرَ .

فائدة : هل يجوزُ للغاصِبِ أنْ يتَصَرَّفَ فى قَدْرِ مالِه فيه ، أمْ لا ؟ قال الإمامُ أحمدُ فى رِوايَةِ أبِى طالِبٍ هنا : قد اخْتَلَطَ أوَّلُه وآخِرُه ، أعْجَبُ إلَىَّ أنْ يتَنَزَّهَ عنه كلِّه ، ويَتَصدَّقَ به . وأنْكَرَ قَوْلَ مَن قال : يُخْرِجُ منه قَدْرَ ما خالَطَه . واخْتارَ ابنُ عَقِيلٍ فى « فُنونِه » التَّحْريمَ ؛ لامْتِزاجِ الحَلالِ بالحَرامِ فيه ، واسْتِحالَةِ انْفِرادِ أحَدِهما عنِ الآخَرِ . وعلى هذا ، ليس له إخْراجُ قَدْرِ الحَرامِ منه بدُونِ إذْنِ المَغْصوبِ منه ، وهذا بِناءً على أنَّه اشْتِراكٌ . وعن أحمدَ رِوايَةٌ أُخْرَى ، أنَّه اسْتِهْلاكٌ ، فيتَخَرَّجُ به قَدْرُ الحَرامِ ، ولو مِن غيرِه . قالَه ابنُ رَجَبٍ فى « القاعِدَةِ الثَّانِيَةِ والعِشْرِين » .

قوله : وإنْ خَلَطَه بدونِه ، أوْ بخَيْرٍ منه ، أو بغيرِ جِنْسِه – يعْنِى ، على وَجْهٍ لا يتَمَيَّزُ – لَزِمَه مِثْلُه فى قِياسِ التى قبْلَها – قال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : قِياسُ

الشرح الكبير

رَطْلُ زَيْتٍ وآخَرَ له رَطْلُ شَيْرَجٍ اخْتَلَطَا : يُبَاعُ الدُّهْنُ كُلُّه [٢٧٩/٤و] ويُعْطَى كلُّ واحِدٍ منهما قَدْرَ حِصَّتِه ؛ وذلك أنَّنا إذا فَعَلْنا ذلك ، أوْصَلْنا إلى كلِّ واحِدٍ منهما بَدَلَ عَيْنِ مالِه . وإن نَقَص المَغْصُوبُ عن قِيمَتِه مُنْفرِدًا ، فعلى الغاصِبِ ضَمانُ النَّقْصِ ؛ لأنَّه حَصَل بفِعْلِه . وقال القاضِى : قِياسُ المَذْهَبِ أن يَلْزَمَ الغاصِبَ مثلُه ؛ لأنَّه صار بالخَلْطِ مُسْتَهْلَكًا ، (١ وكذلك ١) لو اشْتَرَى زَيْتًا فخَلَطَه بزَيْتِه ثم أفْلَسَ ، صارَ البائِعُ كبعضِ الغُرَماءِ ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ عليه الوُصُولُ إلى عَيْنِ مالِه ، فكان له بَدَلُه ، كما لو كان تالِفًا . ويَحْتَمِلُ أن يُحْمَلَ كَلامُ أحمدَ على ما إذا اخْتَلَطَا مِن غيرِ غَصْبٍ ، أمّا المَغْصُوبُ ، فقد وُجِدَ مِن الغاصِبِ ما مَنَع المالِكَ أخْذَ حَقِّه مِن المِثْلِيّاتِ مُتَمَيِّزًا(٢) ، فلَزِمَه مثلُه ، كما لو أتْلَفَه .

الإنصاف

المذهبِ يَلْزَمُ الغاصِبَ مِثْلُه . واخْتارَه [١٩٢/٢ و] فى « الكافِى » ، وإليه مَيْلُ الشَّارِحِ -وظاهِرُ كلامِه ، أنَّهما شَرِيكَان بقَدْرِ مِلْكَيْهما . وهو المذهبُ . قال فى « الفُروعِ » : فشَرِيكَان بقَدرِ حقِّهما ، كاخْتِلاطِهما مِن غيرِ غَصْبٍ . نَصَّ عليه ، فى رِوايَةِ أبِى الحارِثِ . قال الحارِثِىُّ : وهذا اخْتِيارُ مَن سَمَّيْناه فى الوَجْهِ الثَّالثِ . انتهى . قال فى « المُذْهَبِ » : هذا ظاهِرُ المذهبِ . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الخُلاصَةِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » . وقال القاضى أيضًا : ما تَعَذَّرَ تَمْيِيزُه ،

(١ - ١) فى تش ، م : « ولذلك » .

(٢) فى الأصل : « مميزا » .

الشرح الكبير

فصل : إلَّا أنَّه إذا خلطَه بخَيْرٍ منه ، وبَذَل لصاحِبه مثلَ حَقِّه منه ، لَزِمَه قَبُولُه ؛ لأنَّه أَوْصَلَ إليه بعضَ حَقِّه بعَيْنِه ، وتَبرَّعَ بالزِّيادَةِ في مثلِ الباقِي . وإن خَلَطَه بأَدْنَى منه ، فرَضِيَ المالِكُ بأَخْذِ قَدْرِ حَقِّه منه ، لَزِمَ الغاصِبَ بَذْلُه ؛ لأنَّه أَمْكَنَه رَدُّ بعضِ المَغْصُوبِ ورَدُّ مثلِ الباقِي مِن غيرِ ضَرَرٍ . وقيلَ : لا يَلْزَمُ الغاصِبَ ذلك ؛ لأنَّ حَقَّه انْتَقَلَ إلى الذِّمَّةِ ، فلم يُجْبَرْ على عينِ مالٍ[1] . وإن بَذَلَه للمَغْصُوبِ منه فأَباهُ ، لم يُجْبَرْ على قَبُولِه ، [2]لأنَّه دُونَ حَقِّه ، وإن تَراضَيا بذلك ، جازَ ، وكان المالِكُ مُتبَرِّعًا بتَرْكِ بعضِ حَقِّه . وإنِ اتَّفَقا على أن يَأْخُذَ أكثرَ مِن حَقِّه[2] من الرَّدِيءِ ، أو دونَ حَقِّه مِن الجَيِّدِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه رِبًا ، لكَوْنِه يَأْخُذُ الزِّيادَةَ في القَدْرِ عِوَضًا عن الجَوْدَةِ . وإن كان بالعَكْسِ ، فرَضِيَ بأَخْذِ دونِ حَقِّه مِن الرَّدِيءِ ، أو سَمَح الغاصِبُ بدَفْعِ أَكْثَرَ مِن حَقِّه مِن الجَيِّدِ ، جازَ ؛ لأنَّه لا مُقابِلَ للزِّيادَةِ ، وإنَّما هي تَبرُّعٌ مُجَرَّدٌ . وإن خَلَطَه بغيرِ جِنْسِه ، فتَراضَيا على أن يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِن قَدْرِ حَقِّه أو أَقَلَّ ، جازَ ؛ لأنَّه بَدَلُه مِن غيرِ جِنْسِه ، فلا تَحْرُمُ الزِّيادَةُ بينَهما .

الإنصاف

كتَالِفٍ ، يَلْزَمُه عِوَضُه مِن حيثُ شاءَ . فشَمِلَ كلامُه هذه المَسْأَلَةَ والتي قبلَها .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو خلَطَ الزَّيْتَ بالشَّيْرَجِ ، ودُهْنَ اللَّوْزِ[3] بدُهْنِ الجَوْزِ ، ودَقِيقَ الحِنْطَةِ بدَقيقِ الشَّعِيرِ ، فالمَنْصُوصُ الشَّرِكَةُ ، وعليه أكثرُ

---

(1) في ر 1 ، م : « ماله » .
(2 - 2) في م : « لأنه إن كان دون حقه » .
(3) في ط : « الورد » .

المقنع

وَإِنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ ، أَوْ سَوِيقًا فَلَتَّهُ بِزَيْتٍ ، فَنَقَصَتْ قِيمَتُهُمَا ، أَوْ قِيمَةُ أَحَدِهِمَا ، ضَمِنَ النَّقْصَ .

الشرح الكبير

فصل : فإن خَلَطَه بما لا قِيمَةَ له ، كزَيْتٍ خَلَطَه بماءٍ ، أو لَبَنٍ شابَه بماءٍ ، فإن أمْكَنَ تَخْلِيصُه خَلَّصَه ، ورَدَّه ورَدَّ نَقْصَه [٢٧٩/٤ظ] وإن لم يُمْكِنْ تَخْلِيصُه ، أو كان ذلك يُفْسِدُه ، لَزِمَه مثلُه ؛ لأنَّه صار كالهالِكِ ، وإن لم[1] يُفْسِدْه ، رَدَّه ورَدَّ نَقْصَه ، وإنِ احْتِيجَ فى تَخْلِيصِه إلى غَرامَةٍ ، لَزِمَ الغاصِبَ ذلك ؛ لأنَّه بسببِه . ولأصْحابِ الشافعىِّ فى هذه الفُصُولِ نَحْوُ ما ذكَرْنا .

٢٣٢٤ - مسألة : (وإن غَصَبَ ثَوْبًا فصَبَغَه ، أو سَوِيقًا فلَتَّه بزَيْتٍ) وكان الصِّبْغُ والزَّيْتُ مِن مالِ الغاصِبِ ، فإن (نَقَصَتْ قِيمَتُهما ، أو قِيمَةُ أحَدِهما ، ضَمِن) الغاصِبُ (النَّقْصَ) لأنَّه بتَعَدِّيه ، إلَّا أن يَنْقُصَ لتَغَيُّرِ

الإنصاف

الأصحابِ ، كالتى قبلَها . وقد شَمِلَه كلامُ المُصَنِّفِ . وقِياسُ المذهبِ ، وُجوبُ المِثْلِ عندَ القاضى . قال الحارِثِىُّ : وهو أظْهَرُ . الثَّانيةُ ، لو خلَطَ دِرْهَمًا بدِرْهَمَيْن لآخَرَ ، فتَلِفَ اثْنان ، فما بَقِىَ بينَهما أثْلاثًا ، أو نِصْفَيْن ، يتَوَجَّهُ فيه وَجْهان . قالَه فى « الفُروعِ » . قلتُ : الذى يَظْهَرُ أنَّ لصاحِبِ الدِّرْهَمَيْن نِصْفَ الباقِى ، لا غيرُ ؛ وذلك لأنَّه يَحْتَمِلُ أنْ يَكونَ التَّالِفُ مالَه كامِلًا ، فيَخْتَصَّ صاحِبُ الدِّرْهَمِ به ، ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ التَّالِفُ دِرْهَمًا لهذا ودِرْهَمًا لهذا ، فيَخْتَصَّ صاحِبُ الدِّرْهَمَيْن بالباقِى ، فتَساوَيا . لا يَحْتَمِلُ غيرَ ذلك ، ومالُ كلِّ واحدٍ منهما مُتَمَيِّزٌ قَطْعًا ، بخِلافِ المَسائلِ المُتَقَدِّمَةِ . غايَتُه أنَّه أُبْهِمَ علينا .

فائدة : قوله : وإنْ غَصَبَ ثَوْبًا ، فصَبَغَه ، أو سَوِيقًا ، فلَتَّه بزَيْتٍ ، فنَقَصَتْ

---

(١) فى تش ، م : « كان » .

المقنع وَإِنْ لَمْ تَنْقُصْ وَلَمْ تَزِدْ ، أَوْ زَادَتْ قِيمَتُهُمَا ، فَهُمَا شَرِيكَانِ بِقَدْرِ مَالَيْهِمَا ، وَإِنْ زَادَتْ قِيمَةُ أَحَدِهِمَا ، فَالزِّيَادَةُ لِصَاحِبِهِ .

الشرح الكبير الأَسْعارِ ، فلا يَضْمَنُ ؛ لِما ذَكَرْنا مِن قبلُ .

٢٣٢٥ – مسألة : (وإن لم تَنْقُصْ و لم تَزِدْ) مِثْلَ أن كانت قِيمَةُ كلِّ واحِدٍ منهما خَمْسةً ، فصارت قِيمَتُهما عَشَرَةً ، فهما شَرِيكانِ ؛ لأنَّ الصِّبْغ والزَّيْتَ عَيْنُ مالٍ له قِيمَةٌ ، فإن تَرَاضَيَا بتَرْكِه لهما ، جازَ ، وإن باعَاه[1] ، فثَمَنُه بينَهما نِصْفَيْن .

٢٣٢٦ – مسألة : وإن (زادتْ قِيمَتُهما) [2]وكانتِ الزِّيادَةُ لزيادَةِ قِيمَةِ أحَدِهما ، فالزِّيادَةُ لصاحِبِه[2]. مثلَ أن كانت قِيمَةُ كلِّ واحِدٍ منهما

الإنصاف قِيمَتُهما ، أو قِيمَةُ أَحَدِهما ، ضَمِنَ النَّقْصَ ، وإنْ لم تَنْقُصْ و لم تَزِدْ ، أو زَادَتْ قِيمَتُهما ، فهما شَرِيكان بقَدْرِ مَالَيْهما ، وإنْ زَادَتْ قِيمَةُ أَحَدِهما ، فالزِّيادَةُ لصاحِبِه . هذه الجُمْلَةُ لا خِلافَ فيها . لكِنْ قال الحارِثِيُّ : الضَّمِيرُ فى نَقَصَتْ قِيمَتُهما ، عائدٌ على الثَّوْبِ والصِّبْغِ والسَّويقِ والزَّيْتِ ؛ لأنَّها إحْدَى الحَالاتِ الوارِدَةِ فى قِيمَةِ المَالَيْن ؛ مِنَ الزِّيادَةِ ، والنَّقْصِ ، والتَّساوِى . وفى عَوْدِه على مَجْموعِ الأَمْرَيْن ، أعْنِى الثَّوْبَ والصِّبْغَ فى صُورَةِ النَّقْصِ ، مُناقَشَةٌ ، فإنَّ ضَمانَ الغاصِبِ لا يُتَصَوَّرُ لنُقْصانِ الصِّبْغِ ؛ إذْ هو مالُه ، فلا يجوزُ إيرادُه لإِثْباتِ حُكْمِ الضَّمانِ ، والأَجْوَدُ أنْ يُقالَ : تَنْقُصُ قِيمَةُ الثَّوْبِ . وكذا قَوْلُه : أو قِيمَةُ أَحَدِهما . ليس بالجَيِّدِ ، فإنَّه مُتَناوِلٌ لحالَةِ النُّقْصانِ فى الصِّبْغِ ، دُونَ الثَّوْبِ . وليس الأَمْرُ

---

(١) فى م : « باعه » .

(٢ – ٢) سقط من : تش ، م .

الشرح الكبير

خَمْسَةً فصارت قِيمَتُهما عِشْرِينَ ، فإن كان ذلك لِزِيادَةِ الثِّيابِ فى السُّوقِ ، كانتِ الزِّيادَةُ لصاحِبِ الثَّوْبِ ، وإن كانت لِزِيادَةِ الصِّبْغِ ، فهى لصاحِبِ الصِّبْغِ . وإن كانت لِزِيادَتِهِما معًا ، فهى بينَهما على قَدْرِ زِيادَةِ كلِّ واحِدٍ منهما . فإن تَساوَيَا فى الزِّيادَةِ فى السُّوقِ ، تَساوَى صاحِبَاهما[1] فيها . وإن زادَ أحَدُهما ثَمانِيَةً والآخَرُ اثْنَيْن ، فهى بينَهما كذلك . وإن زادَا بالعَمَلِ ، فالزِّيادَةُ بينَهما ؛ لأنَّ عَمَلَ الغاصِبِ زادَ به فى الثَّوْبِ والصِّبْغِ ، وما عَمِلَه فى المَغْصُوبِ للمَغْصُوبِ منه إذا كان أثَرًا ، وزِيادَةُ مالِ الغاصِبِ له .

الإنصاف

كذلك ؛ فإنَّ الضَّمانَ لا يجبُ على هذا التَّقْديرِ بحالٍ . والصَّوابُ حَذْفُه . غيرَ أنَّ الضَّمانَ إنْ فُسِّرَ بالنِّسْبَةِ إلى الغاصِبِ ، يكونُ النَّقْصُ مَحْسوبًا عليه . وقيلَ : باسْتِعْمالِ اللَّفْظِ فى حَقِيقَتِه ومَجازِه معًا ، وباسْتِعْمالِ المُشْتَرَكِ فى مَدْلُولَيْه معًا ، فَيَتَمَشَّى . انتهى . فإذا حصَلَ النُّقْصانُ ؛ لكَوْنِه مَصْبُوغًا ، أو لسُوءِ العَمَلِ ، فعلى الغاصِبِ ، وعلى هذا يُحْمَلُ إطْلاقُ المُصَنِّفِ . فإذا كان قِيمَةُ كلٍّ منهما خَمْسَةً ، وهى الآنَ بعدَ الصَّبْغِ ثَمانِيَةٌ ، فالنَّقْصُ على الغاصِبِ . [2]وإنْ كان لانْخِفاضِ سِعْرِ الثِّيابِ ، فالنَّقْصُ على المالِكِ ، فيكونُ له ثلاثَةٌ[2] . وإنْ كان لانْخِفاضِ سِعْرِ الصِّبْغِ ، فالنَّقْصُ على الغاصِبِ ، فيكونُ له ثَلاثَةٌ . وإنْ كان لانْخِفاضِهِما معًا على السَّواءِ ، فالنَّقْصُ عليهما ، لكُلٍّ منهما أرْبَعَةٌ . هذا الصَّحيحُ . قدَّمه الحارِثِىُّ . وقيل : يُحْمَلُ النَّقْصُ على الصِّبْغِ فى كلِّ حالٍ . وهو قَوْلُ صاحِبِ « التَّلْخيصِ » .

---

(١) فى م : « صاحبها » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

المقنع

وَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا قَلْعَ الصِّبْغِ لَمْ يُجْبَرِ الْآخَرُ عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْبَرَ إِذَا ضَمِنَ الْغَاصِبُ النَّقْصَ .

الشرح الكبير

٢٣٢٧ – مسألة : (وإن أرادَ أحدُهما قَلْعَ الصِّبْغِ ، لم يُجْبَرِ الآخَرُ عليه . ويَحْتَمِلُ أن يُجْبَرَ إذا ضَمِنَ) له (الغاصِبُ النَّقْصَ) إذا أرادَ الغاصِبُ قَلْعَ الصِّبْغِ ، فقال أصحابُنا : له ذلك ، سَواءٌ أضَرَّ بالثَّوْبِ أو لم يَضُرَّ ، ويَضْمَنُ نَقْصَ الثَّوْبِ إن نَقَص . وبهذا قال الشافعيُّ ؛ لأنَّه عَيْنُ مالِه ، فمَلَكَ [٤/٢٨٠و] أخْذَه ، كما لو غَرَس فى أرضِ غيرِه . و لم يُفَرِّقْ

الإنصاف

قوله : فإنْ أرادَ أحَدُهما قَلْعَ الصِّبْغِ ، لم يُجْبَرِ الآخَرُ . هذا المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وابنُ عَقِيلٍ ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » . قال القاضى : هذا قِياسُ المذهبِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، يُجْبَرُ ، ويضْمَنُ النَّقْصَ ، سواءٌ كان الغاصِبَ أو المَغْصُوبَ منه . وأطْلَقهما الحارِثِىُّ فى « شَرْحِه » . ويَحْتَمِلُ أنْ يُجْبَرَ ، إذا ضَمِنَ الغاصِبُ النَّقْصَ . يعْنِى ، إذا أرادَ الغاصِبُ قَلْعَ صِبْغِه ، وامْتنَعَ المَغْصُوبُ منه ، أُجْبِرَ على تَمْكِينِه مِن قَلْعِه ، ويضْمَنُ النَّقْصَ . وهذا قدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : إذا أرادَ الغاصِبُ قَلْعَ الصِّبْغِ ، فقال أصحابُنا : له ذلك ، سواءٌ أضَرَّ بالثَّوْبِ أو لم يَضُرَّ ، ويَضْمَنُ نقْصَ الثَّوْبِ ، إنْ نقَصَ . و لم يُفَرِّقِ الأصحابُ بينَ ما هَلَكَ صِبْغُه بالقَلْعِ ، وبينَ ما لم يَهْلِكْ . قال المُصَنِّفُ : ويَنْبَغِى أنَّ ما يَهْلِكُ بالقَلْعِ لا يَمْلِكُ قَلْعَه . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّه لا يَمْلِكُ قَلْعَه ، إذا تَضَرَّرَ به الثَّوْبُ ؛ لأنَّه قال : المُشْتَرِى إذا بَنَى أو غَرَسَ فى الأرْضِ المَشْفُوعَةِ ، فله أخْذُه ، إذا لم يكُنْ فى أخْذِه ضَرَرٌ . وقال المُصَنِّفُ ،

الشرح الكبير

أصحابُنا بينَ ما يَهْلِكُ صِبْغُه بالقَلْعِ وبينَ ما لا يَهْلِكُ . قال شيخُنا[1] : ويَنْبَغِي أنَّ ما يَهْلِكُ بالقَلْعِ لا يَمْلِكُ قَلْعَه ؛ لأنَّه سَفَهٌ . وظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِيِّ أنَّه لا يَمْلِكُ قَلْعَه إذا تَضَرَّرَ به الثَّوْبُ ؛ لأنَّه قال ، فى المُشْتَرِى إذا بَنَى أو غَرَس فى الأرضِ المَشْفُوعَةِ : فله أخْذُه إذا لم يَكُنْ فى أخْذِه ضَرَرٌ . وقال أبو حنيفةَ : ليس له أخْذُه ؛ لأنَّ فيه إضْرارًا بالثَّوْبِ المَغْصُوبِ ، فلم يُمَكَّنْ منه ، كقَطْعِ خِرْقَةٍ منه . وفارَقَ قَلْعَ الغَرْسِ ؛ لأنَّ الضَّرَرَ قَلِيلٌ ، ويَحْصُلُ به نَفْعُ قَلْعِ العُرُوقِ مِن الأرْضِ . وإنِ اخْتارَ المَغْصُوبُ منه قَلْعَ الصِّبْغِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، يَمْلِكُ إجْبارَ الغاصِبِ عليه ، كما يَمْلِكُ إجْبارَه على قَلْعِ شَجَرِهِ مِن أرْضِه ، وذلك لأنَّه شَغَل مِلْكَه بمِلْكِه على وَجْهٍ أمْكَنَ تَخْلِيصُه ، فلَزِمَه تَخْلِيصُه وإنِ اسْتَضَرَّ الغاصِبُ ، كقَلْعِ الشَّجَرِ ، وعلى الغاصِبِ ضَمانُ نَقْصِ الثَّوْبِ وأجْرُ القَلْعِ ، كما يَضْمَنُ ذلك فى الأرضِ . والثانى ، لا يَمْلِكُ إجْبارَه عليه ، ولا يُمَكَّنُ مِن قَلْعِه ؛ لأنَّ الصِّبْغَ يَهْلِكُ بالاسْتِخْراجِ ، وقد أمْكَنَ وُصُولُ الحَقِّ إلى مُسْتَحِقِّه بدُونِه بالبَيْعِ ، فلم يُجْبَرْ (2على قَلْعِه2) ، كقَلْعِ الزَّرْعِ مِن الأرْضِ ، وفارَق الشَّجَرَ ، فإنَّه

الإنصاف

وتَبِعَه الشَّارِحُ : إنِ اخْتارَ المَغْصُوبُ منه قَلْعَ الصِّبْغِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَمْلِكُ إجْبارَ الغاصِبِ عليه . والثَّانى ، لا يَمْلِكُ إجْبارَه عليه . قال القاضى : هذا ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ . انتهى . وتقدَّم ذلك . فعلى القَوْلِ بالإجْبارِ مِنَ الطَّرَفَيْن ، لو نقَصَ الثَّوْبُ بالقَلْعِ ، ضَمِنَه الغاصِبُ ، بلا نِزاعٍ . وإنْ نقَصَ الصِّبْغُ ، فقال فى

---

(1) فى : المغنى ٧/٤١٥ .

(٢ - ٢) فى الأصل : « عليه » .

المقنع وَإِنْ وَهَبَ الصِّبْغَ لِلْمَالِكِ ، أَوْ وَهَبَهُ تَزْوِيقَ الدَّارِ وَنَحْوِهَا ،

الشرح الكبير لا يَتْلَفُ بالقَلْعِ . قال القاضى : هذا ظاهِرُ كَلامِ أحمدَ . ولَعَلَّه أخَذَ ذلك مِن قولِ أحمدَ فى الزَّرْعِ ، وهذا مُخالِفٌ للزَّرْعِ ؛ لأنَّ له غايَةً يَنْتَهِى إليها ، ولصاحِبِ الأرْضِ أخْذُه بنَفَقَتِه ، فلا يَمْتَنِعُ عليه اسْتِرْجاعُ أرْضِه فى الحالِ ، بخِلافِ الصِّبْغِ ، فإنَّه لا نِهايَةَ له إلَّا تَلَفُ الثَّوْبِ ، فهو أشْبَهُ بالشَّجَرِ[1] فى الأرْضِ . ولا يَخْتَصُّ وُجُوبُ القَلْعِ فى الشَّجَرِ بما لا يَتْلَفُ . فإنَّه يُجْبَرُ على قَلْعِ ما يَتْلَفُ وما لا يَتْلَفُ . ولأصحابِ الشَّافِعِىِّ وَجْهانِ كهذَيْنِ .

فصل : وإن بَذَل رَبُّ الثَّوْبِ قِيمَةَ الصِّبْغِ للغاصِبِ ليَمْلِكَه ، لم يُجْبَرْ على قَبُولِه ؛ لأنَّه إجْبارٌ على بَيْعِ مالِه ، فلم يُجْبَرْ عليه ، كما لو بَذَل له قِيمَةَ الغِراسِ . ويَحْتَمِلُ أن يُجْبَرَ على ذلك إذا لم يَقْلَعْه ، قِياسًا على الشَّجَرِ والبِناءِ فى الأرْضِ المَشْفُوعَةِ ، والعارِيَّةِ ، وفى الأرْضِ [٢٨٠/٤ظ] المَغْصُوبَةِ إذا لم يَقْلَعْه الغاصِبُ ، ولأنَّه أمْرٌ يَرْتَفِعُ به النِّزاعُ ، ويَتَخَلَّصُ به أحَدُهما مِن صاحِبِه من غيرِ ضَرَرٍ ، فأُجْبِرَ عليه ، كما ذَكَرْنا . وإن بَذَل الغاصِبُ قيمَةَ الثَّوْبِ لصاحِبِه ليَمْلِكَه ، لم يُجْبَرْ على ذلك ، كما لو بَذَل صاحِبُ الغَرْسِ قِيمَةَ الأرْضِ لمالِكِها فى هذه المَواضِعِ .

٢٣٢٨ – مسألة : (وإن وَهَب) الغاصِبُ (الصِّبْغَ للمالِكِ ، أو

الإنصاف « الكافِى » : لا شيءَ على المالِكِ . قال الحارِثِىُّ : وهو أصحُّ . وقال فى « المُحَرَّرِ » : يَضْمَنُه المالِكُ [١٩٢/٢ ظ] كما فى الطَّرَفِ الآخَرِ .

قوله : وإنْ وهَب الصِّبْغَ للمالِكِ ، أو وهَبَه تَزْوِيقَ الدَّارِ ، ونحوِها ، فهل يَلْزَمُ

(١) فى م : « بالشجة » .

المقنع

فَهَلْ يَلْزَمُ الْمَالِكَ قَبُولُهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

وَهَبَه تَزْوِيقَ الدّارِ ونحوِها ، فهل) يَلْزَمُه قَبُولُه ؟ (على وَجْهَيْن) أحَدُهما ، يَلْزَمُه ؛ لأنَّ الصِّبْغَ صار مِن صِفَاتِ العَيْنِ ، فهو كزِيادَةِ الصِّفَةِ فى المُسْلَمِ فيه . وهذا ظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّه قال فى الصَّدَاقِ : إذا كان ثَوْبًا فَصَبَغَتْه[1] ، فبَذَلَتْ له نِصْفَه مَصْبُوغًا ، لَزِمَه قَبُولُه . والثانى ، لا يُجْبَرُ ؛ لأنَّها أعْيانٌ مُتَمَيِّزَةٌ ، فأشْبَهَتِ الغِرَاسَ . وإن أرادَ المالِكُ بَيْعَ الثَّوْبِ ، وأبَى الغاصِبُ ، فله بَيْعُه ؛ لأنَّه مِلْكُه ، فلا يَمْلِكُ الغاصِبُ مَنْعَه مِن بَيْعِ مِلْكِه بعُدْوانِه ، وإن أرادَ الغاصِبُ بَيْعَه ، لم يُجْبَرِ المالِكُ على بَيْعِه ، لأنَّه مُتَعَدٍّ[2] ، فلم يَسْتَحِقَّ إزالَةَ مِلْكِ صاحِبِ الثَّوْبِ عنه بعُدْوانِه . ويَحْتَمِلُ أن يُجْبَرَ ؛ ليَصِلَ الغاصِبُ إلى ثَمَنِ صِبْغِه .

الإنصاف

المَالِكَ قَبُولُها ؟ على وجْهَيْن . وأطْلَقهما فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ؛ أحدُهما ، يَلْزَمُه قَبُولُه . وهو المذهبُ . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ فى الصَّداقِ . وصحَّحه القاضى ، وصاحِبُ « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ »[3] ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، و « الفُروعِ » . قلتُ : فيُعايَى بها . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يَلْزَمُه قَبُولُه . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . قال الحارِثِىُّ فى التَّزْوِيقِ ، ونحوِه : هذا أقْرَبُ إنْ شاءَ اللهُ تعالَى .

---

(١) فى ر ١ : « فصبغه » .

(٢) فى م : « منه » .

(٣) بعده فى الأصل : « وهو ظاهر كلام الخرقى » .

المقنع وَإِنْ غَصَبَ صِبْغًا فَصَبَغَ بِهِ ثَوْبًا ، أَوْ زَيْتًا فَلَتَّ بِهِ [١٣٩ظ] سَوِيقًا ، احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ تَلْزَمَهُ قِيمَتُهُ ، أَوْ مِثْلُهُ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا .

الشرح الكبير **٢٣٢٩** - مسألة : (وإن غَصَب صِبْغًا فصَبَغ به ثَوْبًا ، أو زَيْتًا فلَتَّ به سَوِيقًا ، احْتَمَلَ أن يكونَ كذلك) كما إذا غَصَب ثَوْبًا فصَبَغَه ، حُكْمُه كحُكْمِه ، إذا كان الثَّوْبُ والسَّوِيقُ للغاصِبِ ؛ لأنَّه خَلَط المَغْصُوبَ بمالِه . (ويَحْتَمِلُ أن يَلْزَمَه قِيمَتُه ، أو مِثْلُه إن كان مِثْلِيًّا) لأنَّ المَغْصُوبَ الصِّبْغُ ، وقد تَفرَّقَ فى الثَّوْبِ وتَلِفَ ، بخِلافِ المسألةِ المُتَقدِّمَة .

الإنصاف **فائدتان** ؛ إحْداهما ، لو طلَبَ المالِكُ تَمَلُّكَ الصِّبْغِ بالقِيمَةِ ، فقال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ : هذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ؛ لا يُجْبَرُ الغاصِبُ على القَبُولِ . واخْتارَاه . قالَه فى « القواعِدِ » . وذكَر المُصَنِّفُ وَجْهًا بالإجْبارِ . قال الحارِثِىُّ : وهو الصَّحيحُ . الثَّانيةُ ، لو نسَجَ الغَزْلَ المَغْصُوبَ ، أو قَصَرَ الثَّوْبَ ، أو عمِلَ الحديدَ إبَرًا ، أو سُيوفًا ، ونحوَ ذلك ، ووهَبَه لمالِكِه ، لَزِمَه قَبُولُه . ولو سمَّر بمَسامِيرِه بابًا مَغْصُوبًا ، ثم وَهَبَ المَسامِيرَ لرَبِّ البابِ ، لم يَلْزَمْه قَبُولُها . قطَع به الأكْثَرُ ؛ منهم صاحِبُ « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ » . قال فى « الفُروعِ » : فى الأصحِّ . وقيل : يَلْزَمُه .

قوله : وإنْ غَصَبَ صِبْغًا ، فصَبَغَ به ثَوْبًا ، أو زَيْتًا ، فَلَتَّ به سَوِيقًا ، احْتَمَلَ أنْ يَكونَ كذلك . يعْنِى ، يكُونان شَرِيكَيْن بقَدْرِ مالَيْهما ، كما لو غصَبَ ثَوْبًا ، فصَبَغه بصِبْغٍ مِن عندِه . وهذا المذهبُ . قال الحارِثِىُّ : ولم يذْكُرِ الأصحابُ سِواه فى صُورَةِ الصِّبْغِ . وجزَم به فى « التَّلْخيصِ » ، و « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « النَّظْمِ » ،

المقنع

وَإِنْ غَصَبَ ثَوْبًا وَصِبْغًا ، فَصَبَغَهُ بِهِ ، رَدَّهُ وَأَرْشَ نَقْصِهِ ، وَلَا شَىْءَ لَهُ فِى زِيَادَتِهِ .

الشرح الكبير

٢٣٣٠ – مسألة : (وإن غَصَب ثَوْبًا وصِبْغًا ، فصَبَغَه به ، رَدَّه وأَرْشَ نَقْصِه ، ولا شىءَ له فى زِيادَتِه) إذا غَصَب ثَوْبًا وصِبْغًا مِن واحِدٍ ، فصَبَغَه به ، فلم تَزِدْ قِيمَتُهما و لم تَنْقُصْ ، أو زادَتِ القِيمَةُ ، رَدَّهُما ولا شىءَ عليه ، وليس للغاصِبِ شىءٌ فى الزِّيادَةِ ؛ لأَنَّه إنَّما له فى الصِّبْغِ أثَرٌ لا عَيْنٌ ، وإن نَقَص ، لَزِمَه ضَمانُ النَّقْصِ ؛ لأنَّه بتَعَدِّيه ، إلَّا أن يَنْقُصَ لتَغَيُّرِ الأسْعارِ .

فصل : وإن غَصَب ثَوْبَ رجلٍ وصِبْغَ آخَرَ ، فصَبَغَه به ، فإن كانتِ القِيمَتان [٢٨١/٤و] بحالِهما فهما شَرِيكانِ بقَدْرِ مالَيْهما ، وإن زادَتْ ، فالزِّيادَةُ لهما ، وإن نَقَصَتْ بالصِّبْغِ ، فالضَّمانُ على الغاصِبِ ، ويكونُ النَّقْصُ[1] مِن صاحِبِ الصِّبْغِ ؛ لأَنَّه تَبَدَّدَ فى الثَّوْبِ ، ويَرْجِعُ بها على الغاصِبِ ، وإن نَقَص لنَقْصِ سِعْرِ الثِّيابَ أو الصِّبْغِ ، أو لنَقْصِ سِعْرِهما ،

الإنصاف

و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . واحْتَمَلَ أنْ تَلْزَمَه قِيمَتُه ، أو مِثْلُه إنْ كانَ مِثْلِيًّا ؛ لأنَّ الصِّبْغَ والزَّيْتَ صارا مُسْتَهْلَكَيْن ، أشْبَهَ ما لو أتْلَفَهما . قال الحارِثِىُّ : وهذا ممَّا انْفَرَدَ به فى الكِتابِ . قال : ويتَخَرَّجُ مِثْلُه فى الصُّورَةِ السَّابِقَةِ ، بمَعْنَى أنَّه يَضِيعُ الصِّبْغُ على الغاصِبِ ، ويأْخُذُه المالِكُ مجَّانًا . وأطْلَقَ الاحْتِمالَيْن فى « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » .

---

(١) سقط من : الأصل .

المقنع

فَصْلٌ : وَإِنْ وَطِئَ الْجَارِيَةَ ، فَعَلَيْهِ الْحَدُّ وَالْمَهْرُ ، وَإِنْ كَانَتْ مُطَاوِعَةً ، وَأَرْشُ الْبَكَارَةِ . وَعَنْهُ ، لَا يَلْزَمُهُ مَهْرُ الثَّيِّبِ .

الشرح الكبير

لم يَضْمَنْه الغاصِبُ ، وكان نَقْصُ كلٍّ واحِدٍ منهما مِن صاحِبِه . وإن أرادَ صاحِبُ الصِّبْغِ قَلْعَه ، أو أرادَ ذلك صاحِبُ الثَّوْبِ ، فالحُكْمُ فيه كما لو صَبَغَه الغاصِبُ بصِبْغٍ مِن عِنْدِه ، على ما مَرَّ بَيانُه . والحُكْمُ فيما إذا غَصَب سَوِيقًا فلَتَّه بزَيْتٍ ، أو عَسَلًا ونَشَاءً ، فعَقَدَه حَلْوَاءَ ، حُكْمُ ما لو غَصَب ثَوْبًا فصَبَغَه ، على ما ذُكِرَ فيه .

فصل : قال الشَّيْخُ ، رَضِىَ اللهُ عَنْهُ : (وإن وَطِئَ الجارِيَةَ ، فعليه الحَدُّ والمَهْرُ وأَرْشُ البَكارَةِ وإن كانت مُطاوِعَةً) إذا غَصَب جارِيَةً فوَطِئَها فهو زَانٍ ؛ لأنَّها ليست زَوْجَةً ولا مِلْكَ يَمِينٍ ، وعليه حَدُّ الزِّنَى إن كان عالِمًا بالتَّحْرِيمِ ؛ (1)لأنَّه لا مِلْكَ له عليها ولا شُبْهَةَ مِلْكٍ(1) . وعليه مَهْرُ

الإنصاف

قوله : وإنْ وَطِيءَ الجارِيَةَ ، فعليه الحَدُّ والمَهْرُ ، وإنْ كانَتْ مُطاوِعَةً ، وأَرْشُ البَكارَةِ . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وصَحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المذهبُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، وغيرِهم . وعنه ، لا يَلْزَمُه مَهْرٌ للثَّيِّبِ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ فى « التَّنْبِيهِ » ، والخِرَقِىُّ ، وابنُ عَقِيلٍ ، والشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، ولم

(1 - 1) سقط من : تش ، م .

المقنع

وَإِنْ وَلَدَتْ ، فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ لِلسَّيِّدِ .

الشرح الكبير

مِثْلِها ، مُكْرَهَةً كانت أو مُطاوِعَةً . وقال الشافعيُّ : لا مَهْرَ للمُطاوِعَةِ ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ نَهَى عن مَهْرِ البَغِيِّ . (١)مُتَّفقٌ عليه(١) . ولَنا ، أنَّ المَهْرَ حَقٌّ للسَّيِّدِ ، فلم يَسْقُطْ بمُطَاوَعَتِها ، كما لو أَذِنَتْ فى قَطْعِ يَدِها ، ولأنَّه حَقٌّ للسَّيِّدِ يَجِبُ مع الإِكْراهِ ، فيَجِبُ مع المُطاوَعَةِ ، كأَجْرِ مَنافِعِها ، والخَبَرُ مَحْمُولٌ على الحُرَّةِ . ويَجِبُ أَرْشُ بَكَارَتِها ؛ لأنَّه(٢) بَدَلُ جُزْءٍ منها . ويَحْتَمِلُ أن لا يَجِبَ ؛ لأنَّه يَدْخُلُ فى مَهْرِ البِكْرِ ، ولهذا يَزِيدُ على مَهْرِ الثَّيِّبِ عادَةً ؛ لأَجْلِ ما يَتَضَمَّنُه مِن تَفْوِيتِ البَكَارَةِ . ووَجْهُ الأَوَّلِ ، أنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يُضْمَنُ مُنْفَرِدًا ، بدَلِيلِ أنَّه لو وَطِئَها ثَيِّبًا وَجَب مَهْرُها ، وإذا افْتَضَّها بإِصْبَعِه ، وَجَب أَرْشُ بَكارَتِها ، فكذلك وَجَب أن يَضْمَنَهُما إذا اجْتَمَعَا (وعنه ، لا يَلْزَمُه مَهْرُ الثَّيِّبِ) لأنَّه لم يَنْقُصْها ، ولم يُؤْلِمْها ، أشْبَهَ ما لو قَبَّلَها . والأَوَّلُ أَوْلَى .

٢٣٣١ – مسألة : (وإن وَلَدَتْ ، فالوَلَدُ رَقِيقٌ للسَّيِّدِ) لأنَّه مِن

الإنصاف

يُوجِبْ عليه سِوَى أَرْشِ البَكارَةِ . نقَلَه عنه فى « الفائقِ » . قال الزَّرْكَشِيُّ : عدَمُ لُزومِ مَهْرِ الثَّيِّبِ بعيدٌ . وعنه ، لا يَلْزَمُه أَرْشُ البَكارَةِ ؛ لأنَّه يدْخُلُ فى مَهْرِها . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » وغيرِه . قال الحارِثِىُّ : وهو واهٍ . وعنه ، لا مَهْرَ مع المُطاوَعةِ . ذكَرَه الآمِدِىُّ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو جَيِّدٌ .

قوله : وإنْ وَلَدَتْ ، فالوَلَدُ رَقِيقٌ للسَّيِّدِ . وهذا بلا نِزاعٍ . لكِنْ لوِ انْفَصَلَ

(١ - ١) سقط من : تش ، والحديث تقدم تخريجه فى ١١/٤٤ .

(٢) فى تش ، م : « لأنها » .

الشرح الكبير

نَمائِها وأَجْزائِها ، ولا يَلْحَقُ نَسَبُه بالواطِئِ ؛ لأنَّه مِن زِنًى . وإن وَضَعَتْه حَيًّا ، وجَبَ [٢٨١/٤ظ] رَدُّه معها ، كزَوائِدِ الغَصْبِ ، وإن أَسْقَطَتْه مَيِّتًا ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّا لا نَعْلَمُ حَياتَه قبلَ هذا . هذا قولُ القاضِى . وهو ظاهِرُ مَذْهَبِ الشافعىِّ عندَ أصْحابِه . وقال القاضى أبو الحُسَيْنِ : يَجِبُ ضَمانُه بقِيمَتِه لو كان حَيًّا . نَصَّ عليه الشافعىُّ ؛ لأنَّه يَضْمَنُه لو سَقَط بضَرْبِه ، وما يُضْمَنُ بالإِتْلافِ ، يَضْمَنُه الغاصِبُ إذا تَلِفَ فى يَدِه ، كأُجْرَةِ الأَرْضِ . قال شيخُنا[1] : والأَوْلَى ، إن شاء اللهُ ، أَنَّه يَضْمَنُه بعُشْرِ قِيمَةِ أُمِّه ؛ لأَنَّه الذى يَضْمَنُه به بالجِنايَةِ . وإن وَضَعَتْه حَيًّا ثم ماتَ ، ضَمِنَه بقِيمَتِه .

الإنصاف

مَيِّتًا ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ ماتَ بجِنايَةٍ ، أَوْ لا ، فإنْ كان ماتَ بجِنايَةٍ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ تكونَ مِنَ الغاصِبِ ، أو مِن غيرِه ؛ فإنْ كانتْ مِنَ الغاصِبِ ، فقال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما : عليه عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّه . وقال الحارِثِىُّ : والأَوْلَى أَكْثَرُ الأَمْرَيْن ؛ مِن قِيمَةِ الوَلَدِ ، أو عُشْرِ قِيمَةِ أُمِّه . وإنْ كانتِ الجِنايَةُ مِن غيرِ الغاصِبِ ، فعليه عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّه ، بلا نِزاعٍ ، يرَجِعُ به على مَن شاءَ منهما ، والقَرارُ على الجانِى . وإنْ كانَ ماتَ مِن غيرِ جِنايَةٍ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يَضْمَنُه . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . واخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » . وقيل : يَضْمَنُه . اخْتارَه القاضى أبو الحُسَيْنِ ، والمُصَنِّفُ . قال الحارِثِىُّ : وهو أصحُّ . فعلى القَوْلِ بالضَّمانِ ، فقيلَ : يَضْمَنُه بعُشْرِ قِيمَةِ أُمِّه . اخْتارَه المُصَنِّفُ . وقيل : بقِيمَتِه ، لو

---

(١) فى : المغنى ٧/٣٩٢ .

المقنع

وَيضْمَنُ نَقْصَ الْوِلَادَةِ .

الشرح الكبير

٢٣٣٢ – مسألة : (ويَضْمَنُ نَقصَ الوِلَادَةِ) ولا يَنْجَبِرُ بزِيادَتِها بالوَلَدِ . وهذا مَذْهَبُ الشافعيِّ . وقال أبو حنيفةَ : يَنْجَبِرُ نَقْصُها بوَلَدِها . ولَنا ، أنَّ وَلَدَها مِلْكٌ للمَغْصُوبِ منه ، فلا يَنْجَبِرُ به نَقْصٌ حَصَل بجِنايَةِ

الإنصاف

كان حَيًّا . اخْتارَه القاضى أبو الحُسَيْنِ . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « القواعِدِ الأُصوليَّةِ » . ويَحْتَمِلُ الضَّمانُ بأكْثَرِ الأمْرَيْن . قال الحارِثِىُّ : وهذا أقْيَسُ .

فوائد ؛ الأُولَى ، قال الحارِثِىُّ : والوَجْهان جارِيان فى حَمْلِ البَهِيمَةِ المَغْصُوبَةِ ، إذا انْفَصَلَ كذلك . الثَّانيةُ ، قولُه : ولو وَلَدَتْه حَيًّا ثم ماتَ ، ضَمِنَه بقِيمَتِه . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهما . وظاهِرُ كلامِ النَّاظِمِ أنَّ فيه الخِلافَ المُتَقدِّمَ . الثَّالِثَةُ ، لو قَتَلَها الغاصِبُ بوَطْئِه ، وَجَبَتْ عليه الدِّيَةُ . نقَلَه مُهَنَّا . وجزَم به فى « الفُروعِ » . الرَّابعةُ ، هذا الحُكْمُ فيما تقدَّم ، إذا كان عالِمًا ، فأمَّا إنْ كان جاهِلًا بالتَّحْريمِ ، فالوَلَدُ حُرٌّ للغاصِبِ . نصَّ عليه . فإنِ انْفَصَلَ حيًّا ، فعلى الغاصِبِ فِداؤُه يَوْمَئذٍ ، وإنِ انْفَصَلَ مَيِّتًا مِن غَيْرِ جِنايَةٍ ، فغيرُ مَضْمُونٍ بلا خِلافٍ ، وإنْ كان بجِنايَةٍ ، فعلى الجانِى الضَّمانُ ، فإنْ كان مِنَ الغاصِبِ ، فغُرَّةٌ مَوْرُوثَةٌ عنه ، لا يرِثُ الغاصِبُ منها شيئًا ، وعليه للسَّيِّدِ عُشْرُ قِيمَةِ الأُمِّ . وإنْ [١٩٣/٢ و] كان مِن غيرِ الغاصِبِ ، فعليه الغُرَّةُ ، يرِثُها الغاصِبُ دُونَ أُمِّه ، وعلى الغاصِبِ عُشْرُ قِيمَةِ الأُمِّ للمالِكِ . الخامسةُ ، لو غَصَبَها حامِلًا ، فوَلَدَتْ عندَه ، ضَمِنَ نَقْصَ الوِلادَةِ . كما قال المُصَنِّفُ . فإنْ ماتَ الوَلَدُ ، فقال الخِرَقِىُّ : يَضْمَنُه بأكْثَرِ ما كانتْ قِيمَتُه . وفى

الشرح الكبير

الغاصِبِ ، كالنَّقْصِ الحاصِلِ بغيرِ الوِلادَةِ . وإن ضَرَبَ الغاصِبُ بَطْنَها ، فألْقَتِ الجَنِينَ مَيِّتًا ، فعليه عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّه ، وإن فَعَلَه أَجْنَبِيٌّ ، ففيه مِثْلُ ذلك ، وللمالِكِ تَضْمِينُ أيِّهما شاءَ ، ويَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على الضارِبِ ؛ لأنَّ الإِتْلافَ وُجِدَ منه . وإن ماتتِ الجارِيَةُ ، فعليه قِيمَتُها أكْثَرَ ما كانت . ويَدْخُلُ فى ذلك أَرْشُ بَكارَتِها ونَقْصُ وِلَادَتِها ، ولا يَدْخُلُ فيه ضَمانُ وَلَدِها ولا مَهْرُ مِثْلِها . ولا فَرْقَ فى هذه الأحْوالِ بينَ المُكْرَهَةِ والمُطاوِعَةِ ؛ لأنَّها حُقُوقٌ لسَيِّدِها ، فلا تَسْقُطُ بمُطاوَعَتِها ، وقد ذَكَرْنا الخِلافَ فى مَهْرِ المُطاوِعَةِ . فأمّا حُقُوقُ اللهِ تعالى مِن الحَدِّ والإِثْمِ[1] والتَّعْزِيرِ ، فإن كانت مُطاوِعَةً عالِمَةً بالتَّحْرِيمِ ، فعليها الحَدُّ إذا كانت مِن أَهْلِه ، وإلَّا فلا .

فصل : فإن كان الغاصِبُ جاهِلًا بتَحْرِيمِ ذلك ؛ لقُرْبِ عَهْدِه بالإِسلامِ ، أو ناشِئًا ببادِيَةٍ بَعِيدَةٍ يَخْفَى عليه مثلُ هذا ، أو اعْتَقَدها أمَتَه ، فوَطِئَها[2] ، ثم بان أنَّها غيرُها ، فلا حَدَّ عليه ؛ لأنَّ الحُدُودَ تُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، وعليه المَهْرُ وأَرْشُ البَكارَةِ . وإن حَمَلَتْ ، فالوَلَدُ حُرٌّ ؛ لاعْتِقادِه أنَّها مِلْكُه ، ويَلْحَقُه النَّسَبُ ؛ لمَكانِ الشُّبْهَةِ . وإن وَضَعَتْه مَيِّتًا ، لم يَضْمَنْه ؛ لأنَّه لم يَعْلَمْ حَياتَه [٢٨٢/٤و] ولأنَّه لم يَحُلْ بينَه وبينَه ، وإنَّما

الإنصاف

« المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِيصِ » ، هل يَلْزَمُه قِيمَتُه يومَ ماتَ ، أو أكثرَ ما كانتْ ؟ على رِوايتَيْن . قال الحارِثِىُّ : والمذهبُ الاعْتِبارُ بحالَةِ المَوْتِ . وإنِ انْفَصَلَ مَيْتًا ، فعلى ما تقدَّم مِنَ التَّفْصِيلِ . وإنْ ماتَتِ الأُمُّ بالوِلادَةِ ، وَجَبَ ضَمانُها .

---

(١) سقط من : تش ، م .

(٢) فى تش ، م : « فأخذها » .

المقنع

وَإِنْ بَاعَهَا ، أَوْ وَهَبَهَا لِعَالِمٍ بِالْغَصْبِ فَوَطِئَهَا ، فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ أَيِّهِمَا شَاءَ ، نَقْصَهَا وَمَهْرَهَا وَأُجْرَتَهَا وَقِيمَةَ وَلَدِهَا إِنْ

الشرح الكبير

وَجب تَقْويمُه لأجْلِ الحَيْلُولةِ . وإن وَضَعَتْه حَيًّا ، فعليه قِيمَتُه يومَ انْفِصالِه ؛ لأنَّه فوَّتَ عليه رِقَّه باعْتِقادِه ، ولا يُمْكِنُ تَقْويمُه حَمْلًا ، فقُوِّمَ عليه[1] عندَ انْفِصالِه ؛ لأنَّه أوَّلُ حالِ إمْكانِ تَقْويمِه ، ولأنَّه وَقْتُ الحَيْلُولةِ بينَه وبينَ سَيِّدِه . وإن ضَرَب الغاصِبُ بَطْنَها ، فألْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا ، فعليه غُرَّةٌ ، قِيمَتُها خَمْسٌ مِن الإبلِ ، مَوْرُوثَةٌ عنه ، لا يَرِثُ الضارِبُ منها شيئًا ؛ لأنَّه أتْلَفَ جَنِينًا حُرًّا ، وعليه للسَّيِّدِ عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّه ؛ لأنَّ الإسْقاطَ لمّا تَعقَّبَ الضَّرْبَ نُسِبَ إليه ؛ لأنَّ الظّاهِرَ حُصُولُه به ، وضَمانُه للسَّيِّدِ ضَمانُ المَمالِيكِ ، ولهذا لو وَضَعَتْه حَيًّا ، قَوَّمْناه مَمْلُوكًا . وإن ضَرَبَه أجْنَبِيٌّ ، فعليه غُرَّةٌ دِيَةِ الجَنِينِ الحُرِّ ؛ لأنَّه مَحْكُومٌ بحُرِّيَّتِه ، وتكونُ مَوْرُوثَةً عنه ، وعلى الغاصِبِ عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّه ؛ لأنَّه يَضْمَنُه ضَمانَ المَمالِيكِ ، وقد فَوَّتَ رِقَّه على السَّيِّدِ ، وحَصَل التَّلَفُ فى يَدَيْه . والحُكْمُ فى المَهْرِ ، والأَرْشِ ، والأجْرِ ، ونَقْصِ الوِلادَةِ ، وقيمَتِها إن تَلِفَتْ ، على ما ذَكَرْنا إن كانا عالِمَيْنِ ؛ لأنَّ هذه حُقُوقُ الآدَمِيِّينَ ، فلا تَسْقُطُ بالجَهْلِ والخَطَأ ، كالدِّيَةِ .

٢٣٣٣ – مسألة : (وإن باعَها ، أو وَهَبَها لعالِمٍ بالغَصْبِ فوَطِئَها ، فللمالِكِ تَضْمِينُ أيِّهما شاء نَقْصَها ومَهْرَها وأُجْرَتَها وقِيمَةَ وَلَدِها إن تَلِفَ ،

الإنصاف

وكذلك لو غصَبَه مرِيضًا ، فماتَ فى يَدِه بذلك المَرَضِ . جزَم به الحارِثِيُّ .

قوله : وإنْ باعَها ، أو وَهَبَها لعالِمٍ بالغَصْبِ ، فوَطِئَها ، فللمالِكِ تَضْمِينُ أيِّهما

---

(١) بعده فى ق : « عبدا » .

المقنع تَلِفَ ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ ، رَجَعَ عَلَى الْآخَرِ ، وَلَا يَرْجِعُ الْآخَرُ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير فإن ضَمَّنَ الغاصِبَ ، رَجَع على الآخرِ ، ولا يَرْجِعُ الآخَرُ عليه) تَصَرُّفُ الغاصِبِ فى العَيْنِ المَغْصُوبَةِ[1] فاسِدٌ ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ فى مالِ الغيرِ بغيرِ إذْنِه ، وفيه اخْتِلافٌ نَذْكُرُه إن شاءَ اللهُ تعالى . فإذا باعَ الجارِيَةَ المَغْصُوبةَ ، أو وَهَبَهَا لعالِمٍ بالغَصْبِ فوَطِئَها ، فللمالِكِ تَضْمِينُ الغاصِبِ ؛ لأنه السَّبَبُ فى إيصالِها إلى المُشْتَرِى ، وله تَضْمِينُ المُشْتَرِى والمُتَّهِبِ ؛ لأنه المُتْلِفُ ، ويَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على المُشْتَرِى ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما غاصِبٌ ، لأنَّ الغَصْبَ الاسْتِيلاءُ على مالِ الغَيْرِ قَهْرًا بغيرِ حَقٍّ ، وقد وُجِدَ منهما ، ولأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَلْزَمُه رَدُّها إذا كانت فى يَدِه ، لأنَّ يَدَه عليها بغيرِ حَقٍّ ، وقد قال عليه الصَّلاةُ والسَّلامُ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّىَ »[2] . ويَلْزَمُ المُشْتَرِىَ كلُّ ما يَلْزَمُ الغاصِبَ مِن النَّقْصِ [٢٨٢/٤ظ] والمَهْرِ وغيرِه ، لأنَّه غاصِبٌ ، وقد ذَكَرْنا دَليلَه فى المسألةِ قبلَها ، إلَّا أنَّ المالِكَ إن ضَمَّنَ الغاصِبَ ، رَجَع على المُشْتَرِى والمُتَّهِبِ ، ولا يَرْجِعُ[3] الآخَرُ على الغاصِبِ بما ضَمَّنَه ؛ لأنَّه المُتْلِفُ ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه .

الإنصاف شاءَ نَقْصَها ، ومَهْرَها ، وأُجْرَتَها ، وقيمَةَ وَلَدِها ، إنْ تَلِفَ ، فإنْ ضَمَّنَ الغاصِبَ ، رجَع على الآخرِ ، ولا يَرْجِعُ الآخَرُ عليه . وهذا بلا نِزاعٍ أَعْلَمُه . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الحارِثِىِّ » ،

---

(١) فى تش ، م : « المضمونة » .
(٢) تقدم تخريجه فى ١٤/٤٨١ .
(٣) بعده فى ر ، ق : « المشترى » .

المقنع

وَإِنْ لَمْ يَعْلَمَا بِالْغَصْبِ فَضَمَّنَهُمَا ، رَجَعَا عَلَى الْغَاصِبِ .

الشرح الكبير

٢٣٣٤ - مسألة : (وإن لم يَعْلَمَا بالغَصْبِ فضَمَّنَهُما ، رَجَعَا على الغاصِبِ) إذا باعَ الغاصِبُ الجارِيَةَ ، فبَيْعُه فاسِدٌ ؛ لِما ذَكَرْنا . وفيه رِوايَةٌ أُخْرَى ، أنه يَصِحُّ ، ويَقِفُ على إجازَةِ المالِكِ . (1)وقد ذَكَرْناه فى البَيْعِ(1) . وفيه رِوايَةٌ ثالثةٌ ، أنَّ البَيْعَ يَصِحُّ ؛ لما نَذْكُرُه . والتَّفْريعُ على الرِّوايَةِ الأُولَى . والحُكْمُ فى وَطْءِ المُشْتَرِى كالحُكْمِ فى وَطْءِ الغاصِبِ ، إلَّا أنَّ المُشْتَرِىَ إذا ادَّعَى الجَهالَةَ ، قُبِلَ منه ، بخِلافِ الغاصِبِ ، فإنَّه

الإنصاف

وغيرِهم .

قوله : وإنْ لم يَعْلَما بالغَصْبِ ، فَضَمَّنَهما ، رَجَعا على الغَاصِبِ . اعلمْ أنَّ بَيْعَ الغاصِبِ العَيْنَ المَغْصُوبَةَ غيرُ صحيحٍ مُطْلَقًا ، على المذهبِ . وفيه رِوايَةٌ ، يصِحُّ ، ويَقِفُ على إجازَةِ المالِكِ . وحكَى فيه رِوايَةً ثالثةً ، يصِحُّ البَيْعُ . على ما يأْتِى فى تَصَرُّفاتِ الغاصِبِ ، والتَّفْريعِ على المذهبِ . وكذا الهِبَةُ غيرُ صحيحةٍ . إذا عَلِمْتَ ذلك ، فهُما بمَنْزِلَةِ الغاصِبِ فى جَوازِ تَضْمِينِهما ما كانَ الغاصِبُ يَضْمَنُه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى أوَّلِ « القاعِدَةِ الثَّالثةِ والتِّسْعِين » : مَن قَبَض مَغْصُوبًا مِن غاصِبِه ، ولم يَعْلَمْ أنَّه مَغْصُوبٌ ، فالمَشْهُورُ عن الأصحابِ ، أنَّه بمَنْزِلَةِ الغاصِبِ فى جَوازِ تَضْمِينِه ما كان الغاصِبُ يَضْمَنُه ؛ مِن عَيْنٍ ومَنْفَعةٍ . انتهى . وقطَع به فى « المُحَرَّرِ » ، وغيرُه مِنَ الأصحابِ .

وقوله : فَضَمَّنَهما ، رجَعا على الغاصِبِ . يعْنِى ، إذا ضَمَّنَ المُشْتَرِىَ أو المُتَّهِبَ نَقْصَها ، ومَهْرَها ، وأُجْرَتَها ، وقِيمَةَ وَلَدِها ، وأَرْشَ البَكارَةِ ، إنْ كانتْ

(1 - 1) سقط من : تش ، م .

المقنع وَإنْ وَلَدَتْ مِنْ أَحَدِهِمَا ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ،..................

الشرح الكبير لا يُقْبَلُ منه إلَّا بالشَّرْطِ الذى ذَكَرْناه . ويَجِبُ رَدُّ الجارِيَةِ إلى سَيِّدِها ، وللمالِكِ مُطالَبَةُ أَيِّهما شاء بردِّها ؛ لأنَّ الغاصِبَ أخذَها بغيرِ حَقٍّ ، والمُشْتَرِىَ أخذَ مالَ غيرِه بغيرِ حَقٍّ أيضًا ، فيَدْخُلُ فى عُمُومِ قولِه عليه الصَّلاةُ والسَّلامُ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّىَ » . وهذا لا خِلافَ فيه بحمدِ اللهِ تعالى . ويَلْزَمُ المُشْتَرِىَ المَهْرُ ؛ لأنَّه وَطِئَ جارِيَةَ غيرِه بغيرِ نِكَاحٍ ، وعليه أَرْشُ البَكارَةِ ونَقْصُ الوِلَادةِ ، كالغاصِبِ . ويَلْزَمُ ذلك مع الجَهْلِ ؛ لأنَّ الإتْلافَ لا يُعْذَرُ فيه بالجَهْلِ والنِّسْيانِ .

٢٣٣٥ – مسألة : (وإن وَلَدَتْ) منه (فالوَلَدُ حُرٌّ) لأنَّه اعْتَقَد أنَّه يَطَأُ مَمْلُوكَتَه ، فمَنَعَ ذلك انْخِلاقَ الوَلَدِ رَقِيقًا ، ويَلْحَقُه النَّسَبُ ، وعليه فِداؤُهم ؛ لأنَّه فَوَّتَ رِقَّهم على السَّيِّدِ باعْتِقادِه حِلَّ الوَطْءِ . هذا الصَّحِيحُ مِن المذهبِ ، وعليه الأصْحابُ . وقد نَقَل ابنُ مَنْصُورٍ عن أحمدَ ، أنَّ المُشْتَرِىَ لا يَلْزَمُه فِداءُ أوْلادِه ، وليس للسَّيِّدِ بَدَلُهُم ؛ لأنَّهم كانوا فى حالِ العُلُوقِ أحْرارًا ، ولم تكُنْ لهم قِيمَةٌ حِينَئذٍ . قال الخَلَّالُ : أحْسَبُه قولًا لأبى

الإنصاف بكْرًا ، رجَعا على الغاصِبِ بذلك . وهو المذهبُ فى الجُمْلَةِ . نصَّ عليه فى رِوايَةِ جَعْفَرٍ فى الفِداءِ ، وفى رِوايَةِ إسْحاقَ بنِ مَنْصُورٍ ، على المَهْرِ . ويأْتِى التَّفْصِيلُ فى ذلك عندَ ذِكْرِ الرِّوايَةِ التى ذكَرَها المُصَنِّفُ ، والخِلافُ .

قوله : وإنْ وَلَدَتْ مِن أحَدِهما ، فالوَلَدُ حُرٌّ – بلا نِزاعٍ – ويَفْديه بمِثْلِه فى صِفاتِه تَقْريبًا . يجبُ فِداءُ الوَلَدِ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه ، فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ ، وجَعْفَرِ بنِ محمدٍ ، والمَيْمُونِىِّ ، ويَعْقُوبَ بنِ بَخْتَانَ . قالَه

المقنع

وَيَفْدِيهِ بِمِثْلِهِ فِى صِفَاتِهِ تَقْرِيبًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْتَبَرَ مِثْلُهُ فِى الْقِيمَةِ ، وَعَنْهُ ، يَضْمَنُهُ بِقِيمَتِهِ .

الشرح الكبير

عبدِ اللهِ أَوَّلَ ، والذى أَذْهَبُ إليه أنَّه[1] يَفْدِيهم . وقد نَقَلَه ابنُ مَنْصُورٍ أيضًا ، وجَعْفَرُ بنُ محمدٍ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشافعىِّ . ويَفْدِيهم بَدَلِهم يومَ الوَضْعِ . وبه قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَجِبُ يومَ المُطالَبَةِ ؛ لأنَّ وَلَدَ المَغْصُوبِ لا يَضْمَنُه عندَه إلَّا بالمَنْعِ ، وقبلَ المُطالَبَةِ لم يَحْصُلْ مَنْعٌ ، فلم يَجِبْ . وقد ذَكَرْنا فيما مَضَى أنَّه يَحْدُثُ مَضْمُونًا عليه ، وقُوِّمَ يومَ وَضْعِه ؛ [٢٨٣/٤و] لأنَّه أَوَّلُ حالٍ أَمْكَنَ تَقْوِيمُه .

٢٣٣٦ – مسألة : (ويَفْدِيه بمِثْلِه فى صِفَاتِه تَقْرِيبًا) هذا ظاهِرُ قولِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّهم أَحْرارٌ ، والحُرُّ لا يُضْمَنُ بقِيمَتِه . وقال أبو بكرٍ : يَفْدِيهم

الإنصاف

الحارِثِىُّ . ونقلَ ابنُ مَنْصُورٍ عن أحمدَ ، لا يَلْزَمُ المُشْتَرِىَ فِداءُ أَوْلادِه ، وليس للسَّيِّدِ بدَلُهم ؛ لأنَّه انْعقَدَ حُرًّا . قال الخَلَّالُ : أَحْسَبُه قَوْلًا لأبى عبدِ اللهِ أَوَّلَ ، والذى أَذْهَبُ إليه ، أنَّه يَفْدِيهم . قال الحارِثِىُّ : والمَشْهورُ الأَوَّلُ . ولم يُعَوِّلِ الأصحابُ على هذه الرِّوايةِ .

قوله : بمِثْلِه فى صِفاتِه تَقْرِيبًا . يعْنِى ، مِن غيرِ نَظَرٍ إلى القِيمَةِ والمِثْلِ فى الجِنْسِ والسِّنِّ . لَكِنْ قال الحارِثِىُّ : أمَّا السِّنُّ ، فلا يَخْلُو مِن نظَرٍ ، وفِداؤُه بمِثْلِه فى صِفاتِه تَقْرِيبًا هو إحْدَى الرِّواياتِ عن أحمدَ . قال ابنُ مُنَجَّى : هذا المذهبُ . واخْتارَها القاضى وأصحابُه . قال الحارِثِىُّ : وهى اخْتِيارُ الخِرَقِىِّ ، وأبى بَكْرٍ فى

---

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير بِمِثْلِهم فى القِيمَةِ . وعن أحمدَ رِوايَةٌ ثالِثَةٌ ، أنَّه يَفْدِيهم بِقِيمَتِهم . حكَاها أبو الخَطّابِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشافعىِّ . وهى أصَحُّ ، إن شاء

الإنصاف « التَّنْبِيهِ » ، والقاضِيَيْن ؛ أبى يَعْلَى ، ويَعْقُوبَ بن إبْراهِيمَ فى « تَعْلِيقَيْهِما » ، وأبى الخَطَّابِ فى « رُءوسِ مَسائِلِه » ، والشَّرِيفِ أبى القاسِمِ الزَّيْدِىِّ ، وغيرِهم . قال القاضى أبو الحُسَيْنِ ، والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو الحَسَنِ ابنُ بَكْروسٍ : وهى أصحُّ . انتهى . قال الزَّرْكَشِىُّ : هو مُخْتارُ الخِرَقِىِّ ، والقاضى ، وعامَّةِ أصحابِه . وجزَم به فى « الكافِى » ، ويَحْتَمِلُ أنْ يُعْتَبَرَ مِثْلُه فى القِيمَةِ ، وهو لأبى الخَطَّابِ . وهو وَجْهٌ فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، ورِوايَةٌ فى « المُحَرَّرِ » . قال الحارِثِىُّ : ونُسِبَ إلى اخْتِيارِ أبى بَكْرٍ . قلتُ : قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ عنه . وقدَّمه فى « الفائقِ » . وتَضْمِينُه المِثْلَ مِنَ المُفْرَداتِ . وعنه ، يَضْمَنُه بقِيمَتِه . وهو المذهبُ ، على ما اصْطَلَحْناه . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، وابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » ، وابنُ الزَّاغُونِىِّ . قال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : وهو أشْبَهُ بقَوْلِه ؛ لأنَّه نصَّ على أنَّ الحَيوانَ لا مِثْلَ له . وهو مذهبُ الأئِمَّةِ الثَّلاثةِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وعنه ، يضْمَنُه بأيِّهما شاءَ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ فى « المُقْنِعِ » . قال فى « القواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » : وعنه ، يَفْدِى كلَّ وَصِيفٍ بوَصِيفَيْن ، أوْرَدَه السَّامَرِّىُّ وغيرُه عن ابنِ أبى مُوسى ، فى مَغْرورِ النِّكاحِ .

تنبيه : حيثُ قُلْنا : يَفْدِيه ؛ إمَّا بالمِثْلِ أوِ القِيمَةِ . فيكونُ ذلك يَوْمَ وَضْعِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ؛ منهم القاضى ، والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو الخَطَّابِ ، والمُصَنِّفُ ، والمَجْدُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم مِنَ

المقنع

وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ .

الشرح الكبير

اللهِ تعالى ؛ لأنَّ الحَيَوانَ ليس بمِثْلِىٍّ ، فيُضْمَنُ بقِيمَتِه[1] ، كسائِرِ المُتَقَوَّماتِ ، ولأنَّه لو أتْلَفَه ضَمِنَه بقِيمَتِه ، كذلك هذا .

٢٣٣٧ – مسألة : (ويَرْجِعُ) بذلك (على الغاصِبِ) يَعْنِى بالمَهْرِ وما فَدَى به الأَوْلادَ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ دَخَل على أن يُسَلِّمَ له الأوْلادَ ، وأن يتَمَكَّنَ مِن الوَطْءِ بغيرِ عِوَضٍ ، فإذا لم يُسَلِّمْ له ذلك ، فقد غَرَّه البائِعُ ، فيَرْجِعُ به عليه . وإن كانتِ الجارِيَةُ باقِيَةً ، رَدَّها إلى سَيِّدِها ، ولا يَرْجِعُ بِبَدَلِها ؛ لأنَّها مِلْكُ المَغْصُوبِ منه ، رَجَعَتْ عليه ، لكنَّه يَرْجِعُ على الغاصِبِ بالثَّمَنِ الذى أخَذَه منه ؛ لقَوْلِه عليه الصَّلاةُ والسَّلامُ : « عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّىَ »[2] .

الإنصاف

الأصحابِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرِهم . وعنه ، يكونُ الفِداءُ يَوْمَ الخُصُومَةِ . وهو ظاهرُ كَلامِ أحمدَ فى [١٩٣/٢ ظ] رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ ، وجَعْفَرٍ . وهو وَجْهٌ فى « الفائقِ » . قال الحارِثِىُّ : وعنِ ابنِ أبِى مُوسى حِكايَةُ وَجْهٍ ؛ الاعْتِبارُ بيَوْمِ الحُكُومَةِ .

قوله : ويَرْجِعُ بذلك على الغاصِبِ . يعْنِى ، بما فدَى به الأوْلادَ . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وذكَر ابنُ عَقِيلٍ رِوايَةً ، لا يَرْجِعُ بفِداءِ الوَلَدِ .

---

(١) فى الأصل : « بمثله » .

(٢) تقدم تخريجه فى ٤٨١/١٤ .

المقنع

وَإِنْ تَلِفَتْ ، فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا ، وَلَا يَرْجِعُ بِهَا إِنْ كَانَ مُشْتَرِيًا ، وَيَرْجِعُ بِهَا الْمُتَّهِبُ .

الشرح الكبير

٢٣٣٨ – مسألة : (وإن تَلِفَتْ ، فعليه قِيمَتُها) لمالِكِها ، كما يَلْزَمُه نَقْصُها (ولا يَرْجِعُ بها) على الغاصِبِ (إن كان مُشْتَرِيًا) لأنَّ المُشْتَرِىَ دَخَل مع الغاصِبِ على أن يكونَ ضامِنًا لذلك بالثَّمَنِ ، فإذا ضَمَّنَه القِيمَةَ لم يَرْجِعْ بها ، لكنَّه يَرْجِعُ بالثَّمَنِ ؛ لأنَّ البَيْعَ باطِلٌ ، فلم يَدْخُلِ الثَّمَنُ فى مِلْكِ الغاصِبِ ، كما لو وَجَد العَيْنَ باقِيةً فأَخَذَها المالِكُ ، فإنَّه يَرْجِعُ بالثَّمَنِ . فأمّا المُتَّهِبُ ، فيَرْجِعُ بالقِيمَةِ على الغاصِبِ ؛ لأنَّه دَخَل مع الغاصِبِ على[1] أن يُسَلِّمَ له العَيْنَ ، فيَنْبَغِى أن يَرْجِعَ بما غَرِم مِن قِيمَتِها على الغاصِبِ ، كقِيمَةِ الأَوْلادِ .

الإنصاف

قوله : وإنْ تَلِفَتْ ، فعليه قِيمَتُها ، ولا يَرْجِعُ بها ، إنْ كانَ مُشْتَرِيًا ، ويَرْجِعُ بها المُتَّهِبُ . إذا تَلِفَتْ عندَ المُشْتَرِى ، فعليه قِيمَتُها للمَغْصُوبِ منه ، ولا يَرْجِعُ على الغاصِبِ بالقِيمَةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وأكثرُهم قطَع به . وفى « المُغْنِى » ، فى بابِ الرَّهْنِ ، رِوايةٌ باسْتِقْرارِ الضَّمانِ على الغاصِبِ ، فلا يَرْجِعُ على المُشْتَرِى . وحَكاه فى « الكافِى » ، فى بابِ المُضارَبَةِ وَجْهًا . وصرَّح القاضى بمِثْلِ ذلك فى « خِلافِه » . قالَه ابنُ رَجَبٍ ، وقال : هو عندِى قِياسُ المذهبِ . وقَوَّاه ، واسْتَدَلَّ له بمَسائِلَ ونَظائِرَ . فعلى هذا ، يَرْجِعُ على الغاصِبِ بذلك كلِّه ، ويَرْجِعُ بالثَّمَنِ ، بلا نِزاعٍ . وعلى المذهبِ ، يأْخُذُ مِنَ الغاصِبِ ثَمَنَها ، ويأْخُذُ أيضًا نفقَتَه وعمَلَه مِنَ البائعِ الغارِّ . قالَه الشَّيْخُ تَقِىُّ

---

(١) فى الأصل : « قبل » .

المقنع

وَعَنْهُ [١٤٠و] ، أَنَّ مَا حَصَلَتْ لَهُ بِهِ مَنْفَعَةٌ ، كَالْأُجْرَةِ وَالْمَهْرِ وَأَرْشِ الْبَكَارَةِ ، لَا يَرْجِعُ بِهِ .

الشرح الكبير

٢٣٣٩ – مسألة : (وعنه ، أنَّ ما حصَلَتْ له به مَنْفَعَةٌ ، كالأُجْرَةِ والمَهْرِ وأَرْشِ البَكارَةِ ، لا يَرْجِعُ به) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ المالِكَ إذا رَجَع

الإنصاف

الدِّينِ ، وقال فى « الفَتاوَى المِصْرِيَّةِ » : لو باعَ عَقارًا ، ثم خرجَ مُسْتَحَقًّا ، فإنْ كان المُشْتَرِى عالِمًا ، ضَمِنَ المَنْفَعةَ ، سواءٌ انْتفَعَ بها أو لم يَنْتَفِعْ ، وإنْ لم يَعْلَمْ ، فقرارُ الضَّمانِ على البائعِ الظَّالمِ ، وإنِ انْتُزِعَ المَبِيعُ مِن يَدِ المُشْتَرِى ، فأُخِذَتْ منه الأُجْرَةُ ، وهو مَعْروفٌ، رجَع بذلك على البائعِ الغَارِّ . انتهى . وفى « التَّرْغيبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، احْتِمالٌ بأنَّ المُشْتَرِىَ يرْجِعُ بما زادَ على الثَّمَنِ . وبه جزَم ابنُ المَنِّىِّ فى « خِلافِه » وفى « التَّرْغيبِ » أيضًا ، لا يُطالِبُ بالزِّيادَةِ الحَاصلةِ قبلَ قَبْضِه . قال فى « القواعدِ الأُصُولِيَّةِ » : قلتُ : وإطْلاقُ الأصحابِ يَقْتَضِى ، لا رُجوعَ بما زادَ على الثَّمَنِ . وفيه نَظَرٌ . انتهى . قال المُصَنِّفُ ، فى « فَتاوِيه » : وإنْ أنْفَقَ على أيْتامِ غاصِبٍ وَصيُّه ، مع عِلْمِه بأنَّه غاصِبٌ ، لم يرْجِعْ ، وإلَّا رَجَع ؛ لأنَّ المُوصِىَ غرَّه . انتهى . وأمَّا إذا تَلِفَتْ عندَ المُتَّهِبِ ، فعليه قِيمَتُها لربِّها ، ويرْجِعُ بما غَرِمَه على الغاصِبِ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وقطَع به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . قال فى « الفُروعِ » : ويَرْجِعُ مُتَّهِبٌ فى الأصحِّ . وقيل : لا يرْجِعُ ، كالمُشْتَرِى . قال الحارِثِىُّ : وفى « الكافِى » ، رِوايَةٌ بعَدَمِ الرُّجوعِ فيما إذا تَلِفَ ؛ لأنَّه غرِمَ ما أتْلَفَه . انتهى .

قوله : وعنه ، أنَّ ما حصَلَتْ له به مَنْفَعَةٌ ؛ كالأُجْرَةِ ، والمَهْرِ ، وَأَرْشِ البَكارَةِ ، لا يَرْجِعُ به . هذه الرِّوايَةُ عائدَةٌ إلى قوْلِه : وإنْ لم يَعْلَما بالغَصْبِ ،

الشرح الكبير

على المُشْتَرِى ، فأرادَ المُشْتَرِى الرُّجُوعَ على الغاصِبِ ، فهو على ثَلاثَةِ أضْرُبٍ ؛ ضَرْبٌ لا يَرْجِعُ به ، وهو قِيمَتُها إن تَلِفَتْ فى يَدِه وأَرْشُ بَكارَتِها . وفيه رِوايَةٌ أُخْرَى[1] ، أنَّه يَرْجِعُ به ، كالمَهْرِ ، وبَدَلِ جُزْءٍ مِن أجْزائِها ؛ لأنَّه دَخَل مع الغاصِبِ على أن يكونَ ضامِنًا لذلك [٢٨٣/٤ظ] بالثَّمَنِ ، فإذا ضَمِنَه ، لم يَرْجِعْ به . وضَرْبٌ يَرْجِعُ به ، وهو بَدَلُ الوَلَدِ إذا وَلَدَتْ

الإنصاف

فضَمَّنَهما ، رجَعا على الغاصِبِ . لكِنَّ هذه الرِّوايَةَ رجَع عنها أحمدُ . قال الحارِثِىُّ : واعلَمْ أنَّ الرِّوايَةَ بعَدَمِ الرُّجوعِ رجَع عنها أحمدُ . قال القاضى فى كتابِ « الرِّوايتَيْن » : رجَع عن قَوْلِه ، بحَديثِ علىٍّ . وإذا كان كذلك ، فلا يكونُ عدَمُ الرُّجوعِ مذهبًا له فى شىءٍ من هذه الأُمورِ أصْلًا وفَرْعًا . انتهى كلامُ الحارِثِىِّ . قلتُ : إذا رجَع الإمامُ أحمدُ عن قَوْلٍ ، فهل يُتْرَكُ ، ولا يُذْكَرُ ، لرُجوعِه عنه ؟ أو يُذْكَرُ ويُثْبَتُ فى التَّصانِيفِ ؟ تقدَّم حُكْمُ ذلك فى الخُطْبَةِ ، وبابِ التَّيَمُّمِ . واعلَمْ أنَّ المالِكَ إذا رجَع على المُشْتَرِى ، وأرادَ المُشْتَرِى الرُّجوعَ على الغاصِبِ ، لا يَخْلُو مِن أقْسامٍ ؛ أحدُها ، ما لا يرْجِعُ به ، وهو قِيمَتُها ، إذا تَلِفَتْ كلُّها ، أو جُزْؤُها فى يَدِه ، على ما تقدَّم مِنَ الخِلافِ . والثَّانى ، فيه خِلافٌ ، والتَّرْجِيحُ مُخْتَلِفٌ ، وهو أَرْشُ البَكارَةِ ، والمَهْرُ ، وأُجْرَةُ نَفْعِها . فأمَّا أَرْشُ البَكارَةِ ، فقدَّم المُصَنِّفُ هنا ، أنَّه يرْجِعُ به . قال فى « الفائقِ » : اخْتارَه الخِرَقِىُّ ، قال الحارِثِىُّ : هذا المذهبُ . انتهى . قال الزَّرْكَشِىُّ : [2] الرُّجوعُ اخْتِيارُ الخِرَقِىِّ ، والقاضى ، وعامَّةِ أصحابِه[2] . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يرْجِعُ به . جزَم به فى « المُحَرَّرِ » ،

(١) سقط من : الأصل .
(٢ - ٢) سقط من : ط .

الشرح الكبير

منه ؛ لأنَّه دَخَل معه فى العَقْدِ على أن لا يكونَ الوَلَدُ مَضْمُونًا عليه[1] ، ولم يَحْصُلْ مِن جهَتِه إتْلافٌ ، وإنَّما الشَّرْعُ أتْلَفَه بحُكْمِ بَيْعِ الغاصِبِ منه ، وكذلك نَقْصُ الوِلادَةِ . وضَرْبٌ اخْتُلِف فيه ، وهو مَهْرُ مِثْلِها ، وأجْرُ نَفْعِها ، وفيه رِوَايتانِ ؛ إحداهُما ، يَرْجِعُ به . وهو قولُ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّه

الإنصاف

و « المُنَوِّرِ » . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » . واخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وأبو بَكْرٍ . قالَه فى « الفائقِ » . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيص » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وأمَّا المَهْرُ وأُجْرَةُ النَّفْعِ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه يرْجِعُ بهما على الغاصِبِ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » . وقدَّمه المُصَنِّفُ هنا ، وصاحِبُ « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » . قال الحارِثِىُّ : هذا المذهبُ . ورُجوعُه بالمَهْرِ على الغاصِبِ مِنَ المُفْرَداتِ . وعنه ، لا يرْجِعُ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ، وابنُ أبِى مُوسى . قالَه فى « القَواعِدِ » . قال فى « الفُروعِ » : اخْتارَه الخِرَقِىُّ ، وأبو بَكْرٍ ، وابنُ عَقِيلٍ . قلتُ : المُصَرَّحُ به فى « الخِرَقِىِّ » ، رُجوعُ المُشْتَرِى بالمَهْرِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : يَرْجِعُ بالمَهْرِ عندَ الخِرَقِىِّ ، والقاضى ، وعامَّةِ أصحابِه ، ولعلَّه سَهْوٌ . وأطْلَقهما فى المَهْرِ ، فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، وغيرِهم . وأطْلَقهما فى المَهْرِ ، والأُجْرَةِ ، فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، [١٩٤/٢ و] و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . الثَّالثُ ، ما يرْجِعُ به على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وهو قِيمَةُ الوَلَدِ ، كما تقدَّم .

---

(١) سقط من : تش ، م .

المقنع وَإِنْ ضَمَّنَ الْغَاصِبَ ، رَجَعَ عَلَى الْمُشْتَرِى بِمَا لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير دَخَل فى[1] العَقْدِ على أن يُتْلِفَه بغيرِ عِوَضٍ ، فإذا غَرِمَه رَجَع به ، كبَدَلِ الوَلَدِ ، ونَقْصِ الوِلَادَةِ . والثانيةُ ، لا يَرْجِعُ به . وهو اخْتِيارُ أبى بكرٍ ، وقولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه غَرِم ما اسْتَوْفَى بَدَلَه ، فلا يَرْجِعُ ، كَقِيمَةِ الجارِيَةِ ، وبَدَلِ أجْزائِها . وللشافعىِّ قَوْلان ، كالرِّوايَتَيْن .

٢٣٤٠ – مسألة : (فإن ضَمَّن الغاصِبَ ، رَجَع على المُشْتَرِى بما لا يَرْجِعُ به عليه) ([2]كلُّ ما[2]) لو رَجَع به على المُشْتَرِى لا يَرْجِعُ به

الإنصاف والرَّابعُ ، ما يرْجِعُ به قوْلًا واحِدًا ، وهو نَقْصُ وِلادَةٍ ، ومَنْفَعَةٌ فائتةٌ . جزَم به فى « الفُروعِ » ، وجزَم به القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، فى نَقْصِ الوِلادَةِ . قال الحارِثِىُّ : وأدْخَلَه الباقُون فيما يرْجِعُ به ، كما فى المَتْنِ .

فائدة : حُكْمُ المُتَّهِبِ حُكْمُ المُشْتَرِى . وقد حكَى المُصَنِّفُ هنا وصاحِبُ « المُحَرَّرِ » وجماعةٌ فيه الرِّوايتَيْن . وحكَى الخِلافَ فى « المُغْنِى » وَجْهَيْن . قال الحارِثِىُّ : وهو الصَّوابُ ، فإنَّه مَقِيسٌ على نصِّه .

فائدة أخرى : حُكْمُ الثَّمَرَةِ والوَلَدِ الحادِثِ فى المَبِيعِ ، حُكْمُ المَنافِعِ ، إذا ضُمِّنَها ، رجَع ببَدَلِها على الغاصِبِ . وكذلك الكَسْبُ . صرَّح به القاضى فى « خِلافِه » ، إلَّا أنْ يكونَ انْتَفعَ بشئٍ مِن ذلك ، فيُخَرَّجَ على الرِّوايتَيْن .

قوله : وإنْ ضَمَّنَ الغَاصِبَ ، رجَع على المشْتَرِى بما لا يَرْجِعُ به عليه . اعلمْ أنَّ

---

(١) سقط من : م .

(٢ – ٢) فى الأصل ، م : « كما » .

الشرح الكبير

الْمُشْتَرِى على الغاصِبِ ، إذا رَجَع به المالِكُ على الغاصِبِ رَجَع الغاصِبُ به على الْمُشْتَرِى ، وكُلُّ ما لو رَجَعَ به على الْمُشْتَرِى رَجَعَ به الْمُشْتَرِى على الغاصِبِ ، إذا غَرِمَه الغاصِبُ لم يَرْجِعْ به على الْمُشْتَرِى ؛ لأنَّ الضَّمانَ اسْتَقَرَّ على الغاصِبِ . فإن رَدَّها حامِلًا ، فماتَتْ مِن الوَضْعِ ، فهى مَضْمُونَةٌ على الواطِئِ ؛ لأنَّ التَّلَفَ بسَبَبٍ مِن جِهَتِه .

الإنصاف

للمالِكِ تَضْمِينَ مَن شاءَ منهما ، أعْنِى الغاصِبَ ومَنِ انْتَقَلَتْ إليه منه ، فإنْ ضَمَّنَ غيرَ الغاصِبِ ، فقد تقدَّم حُكْمُ رُجوعِه على الغاصِبِ وعدَمِه ، وإنْ رجَع على الغاصِبِ ، وهو ما قالَه المُصَنِّفُ هنا ، فهو أرْبَعَةُ أضْرُبٍ ؛ أحدُها ، قِيمَةُ العَيْنِ . فهذا إذا رجَع المالِكُ على الغاصِبِ ، يرْجِعُ الغاصِبُ به على المُشْتَرِى . الثَّانى ، قِيمَةُ الوَلَدِ . فإذا رجَع بها على الغاصِبِ ، لَمْ يَرْجِعِ الغَاصِبُ على المُشْتَرِى ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وتقدَّم رِوايَةٌ ذكَرَها ابنُ عَقِيلٍ ، أنَّ المالِكَ إذا ضَمَّنَ المُشْتَرِىَ لا يرْجِعُ به على الغاصِبِ . فتأْتِى الرِّوايَةُ هنا ، أنَّ الغاصِبَ إذا ضمَّنَه المالِكُ يرْجِعُ به على المُشْتَرِى . الثَّالثُ ، المَهْرُ ، وأَرْشُ البَكارَةِ ، والأُجْرَةُ ، ونحوُه . فعلى القَوْلِ برُجوعِ المُشْتَرِى ، والمُتَّهِبِ على الغاصِبِ ، إذا ضَمَّنَهما المالِكُ هناك ، لا يرْجِعُ الغاصِبُ عليهما هنا ، إذا ضَمَّنه المالِكُ . وعلى القَوْلِ أنَّهما لا يَرْجِعان ، يَرْجِعُ الغاصِبُ عليهما هنا . الرَّابعُ ، نَقْصُ الوِلادَةِ ، والمَنْفَعَةُ الفائِتَةُ . فإنْ رجَع المالِكُ على الغاصِبِ ، لم يَرْجِعْ به الغاصِبُ على المُشْتَرِى ، قَوْلًا واحِدًا ، على قَوْلِ صاحِبِ « الفُروعِ » وغيرِه . وهذا كلُّه قد شَمِلَه قَوْلُ المُصَنِّفِ : وإنْ ضَمَّنَ الغاصِبَ ، رجَع على المُشْتَرِىَ بما لا يرْجِعُ به عليه . فحيثُ ضَمَّنَ المُشْتَرِىَ ، وقُلْنا : يَرْجِعُ على الغاصِبِ إذا ضَمَّنَ الغاصِبَ . لا يرْجِعُ على المُشْتَرِى . وعكْسُه بعَكْسِه .

المقنع

وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ فَمَاتَ الْوَلَدُ ، ضَمِنَهُ بِقِيمَتِهِ ، وَهَلْ يَرْجِعُ بِهَا عَلَى الْغَاصِبِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٣٤١ – مسألة : (وإن وَلَدَتْ مِن زَوْجٍ فماتَ الوَلَدُ ، ضَمِنَه بقِيمَتِه) إذا اشْتَرَى الجارِيَةَ المَغْصُوبَةَ مَن لا يَعْلَمُ بذلك ، فزَوَّجها لغيرِ عالِمٍ بالغَصْبِ ، فوَلَدَتْ مِن الزَّوْجِ ، فهو مَمْلُوكٌ ؛ لأنه مِن زَوائِدِها ونَمائِها ، فيكونُ مَضْمُونًا عَلَى مَن هو فى يَدِه بقِيمَتِه إذا تَلِفَ ؛ لأنَّه مالٌ ، وليس بمِثْلِىٍّ (وهل يَرْجِعُ بها على الغاصِبِ ؟ على رِوَايتين) على ما ذَكَرْنا فيما إذا ضَمِن المُشْتَرِى ما حَصَلَ له[1] به نَفْعٌ ، ووَجْهُ الرِّوَايَتَين ما سَبَقَ .

فصل : إذا وَهَبَ المَغْصُوبَ لعالِمٍ بالغَصْبِ ، اسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه ،

الإنصاف

قوله : وإنْ وَلَدَتْ مِن زَوْجٍ ، فماتَ الوَلَدُ ، ضَمِنه بقِيمَتِه ، وهل يَرْجِعُ به على الغاصِبِ ؟ على رِوايَتَيْن . مِثالُ ذلك ، أنْ يكونَ المُشْتَرِى جاهِلًا بغَصْبِها ، فيُزَوِّجَها لغيرِ عالِمٍ بالغَصْبِ ، فتَلِدَ منه ، فهو مَمْلُوكٌ ، فيَضْمَنَه مَن هو فى يَدِه بقِيمَتِه ، إذا تَلِفَ . وهل يَرْجِعُ به على الغاصِبِ ؟ على رِوايَتَيْن ؛ بِناءً على الرِّوايَتَيْن فى ضَمانِ النَّفْعِ إذا تَلِفَ عندَ المُشْتَرِى ، على ما تقدَّم . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم ؛ إحْداهما ، يَرْجِعُ . صَحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وهو المذهبُ ؛ لأنَّ الصَّحيحَ مِنَ المذهبِ ، أنَّه يَرْجِعُ عليه بأُجْرَةِ النَّفْعِ ، على ما تقدَّم قريبًا ، فكذا هذا . والثَّانيةُ ، لا يَرْجِعُ .

---

(١) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ أَعَارَهَا فَتَلِفَتْ عِنْدَ الْمُسْتَعِيرِ ، اسْتَقَرَّ ضَمَانُ قِيمَتِهَا عَلَيْهِ ، وَضَمَانُ الْأُجْرَةِ عَلَى الْغَاصِبِ .

الشرح الكبير

ولا يَرْجِعُ به على أحدٍ ؛ لأنَّه غاصِبٌ ، ولم يَغُرَّه أحدٌ ، وإن لم يَعْلَمْ فلِصاحِبِها[1] تَضْمِينُ أيِّهما شاءَ ، ويَرْجِعُ المُتَّهِبُ على الواهِبِ بقِيمَةِ العَيْنِ والأجْرِ ؛ لأنَّه غرَّه . [٢٨٤/٤و] وقال أبو حنيفةَ : أيُّهما ضُمِّنَ ، لم يَرْجِعْ على الآخَرِ . ولَنا ، أنَّ المُتَّهِبَ دَخَل على أن تُسَلَّمَ له العَيْنُ ، فيَجِبُ أن يَرْجِعَ بما غَرِم مِن قِيمَتِها ، كقِيمَةِ الأوْلادِ ، فإنَّه وافَقَنا على الرُّجُوعِ بها . فأمَّا الأَجْرُ والمَهْرُ وأرْشُ البَكارَةِ ، ففيه وَجْهانِ مَبْنِيَّانِ على الرِّوايَتَيْن فى المُشْتَرِى .

٢٣٤٢ - مسألة : (وإن أعَارَها فتَلِفَتْ عندَ المُسْتَعِيرِ ، اسْتَقَرَّ ضَمانُ قِيمَتِها عليه ، وضَمانُ الأُجْرة على الغاصِبِ) [2]إذَا أعَار العَيْنَ المَغْصُوبَةَ فتَلِفَتْ عندَ المُسْتَعِيرِ ، فللمالِكِ تَضْمِينُ أيِّهما شَاءَ أجْرَها وقِيمَتَها[2] ، فإن ضَمَّنَ المُسْتَعِيرَ مع عِلْمِه بالْغَصْبِ ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ،

الإنصاف

قوله : وإنْ أعارَها فتَلِفَتْ عندَ المُسْتَعِيرِ ، اسْتَقَرَّ ضَمانُ قِيمَتِها عليه وضَمانُ الأُجْرَةِ على الغاصِبِ . إذا اسْتَعارَها مِنَ الغاصِبِ عالِمًا بغَصْبِها ، فله تَضْمِينُ الغاصِبِ ، والمُسْتَعِيرِ ؛ فإنْ ضَمَّنَ الغاصِبَ ، رجَع على المُسْتَعِيرِ ، وإنْ ضمَّنَ المُسْتَعِيرَ ، لم يَرْجِعْ على الغاصِبِ مُطْلَقًا . وإنْ كان غيرَ عالِمٍ بالغَصْبِ ، فضَمَّنَ المُسْتَعِيرَ ، لم يَرْجِعْ على الغاصِبِ بقِيمَةِ العَيْنِ ، ويرْجِعُ عليه بضَمانِ المَنْفَعةِ .

---

(١) فى تش ، م : « فلصاحبه » .

(٢ - ٢) سقط من : تش ، م .

الشرح الكبير

وإن ضَمَّنَ الغاصِبَ ، رَجَع على المُسْتَعِيرِ . وإن لم يَكُنْ عَلِم بالغَصْبِ فضَمَّنَه ، لم يَرْجِعْ بقِيمَةِ العَيْنِ ؛ لأنَّه قَبَضَها على أنَّها مَضْمُونَةٌ عليه . وفى الرُّجُوعِ بالأجْرِ وَجْهان ؛ أحَدُهما ، يَرْجِعُ ؛ لأنَّه دَخَل على أنَّ المَنافِعَ له[1] غيرَ مَضْمُونَةٍ عليه . والثانى ، لا يَرْجِعُ به ؛ لأنَّه انْتَفَعَ بها ، فقد

الإنصاف

على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وهو قَوْلُ المُصنِّفِ ، وضَمانُ الأُجْرَةِ على الغاصِبِ . وعنه ، لا يرْجِعُ بضَمانِ المَنْفَعةِ ، إذا تَلِفَتْ بالاسْتِيفاءِ ، ويَسْتَقِرُّ الضَّمانُ عليه فى مُقابَلَةِ الانْتِفاعِ . قال فى « القواعِدِ » : وإنْ ضُمِّنَ الغاصِبُ المَنْفَعةَ ابْتِداءً ، ففيه طَرِيقان ؛ أحدُهما ، البِناءُ على الرِّوايتَيْن . فإن قُلْنا : لا يَرْجِعُ القابِضُ عليه إذا ضُمِّنَ ابْتِداءً ، رجَع الغاصِبُ هنا عليه ، وإلَّا فلا . وهى طَرِيقَةُ أبِى الخَطَّابِ ، ومَن اتَّبَعه ، والقاضى ، وابنِ عَقِيلٍ ، فى مَوْضِعٍ . والطَّريقُ الثَّانى ، لا يَرْجِعُ الغاصِبُ على القابِضِ ، قَوْلًا واحِدًا . قالَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، فى مَوْضِعٍ آخَرَ .

فائدة : ذكَر المُصَنِّفُ ، رَحِمَه اللهُ تَعالَى ، فيما إذا انْتَقلَتِ العَيْنُ مِن يَدِ الغاصِبِ إلى يَدِ غيرِه ، ثَلاثَ مَسائِلَ ؛ مَسْأَلَةُ الشِّراءِ ، ومَسْأَلَةُ الهِبَةِ ، ومَسْأَلَةُ العارِيَّةِ . وتقدَّم الكلامُ عليها . وقد ذكَر العَلَّامَةُ ابنُ رَجَبٍ فى « قواعِدِه » ، أنَّ الأَيْدِىَ القابِضَةَ مِنَ الغاصِبِ ، مع عدَمِ العِلْمِ بالحالِ ، عَشَرَةٌ ؛ منها الثَّلاثَةُ المذْكُورَةُ التى ذكَرَها المُصَنِّفُ ، ولكِنْ نُعِيدُ ذِكْرَ يَدِ المُتَّهِبِ ؛ لأجْلِ نظائِرِها فى اليَدِ التَّاسِعَةِ . فاليَدُ الثَّالثةُ ، الغاصِبَةُ مِنَ الغاصِبِ ، وحقُّها أنْ تكونَ أَوْلَى ؛ لأنَّها كالأَصْلِ للأَيْدِى ؛ [٢/١٩٤ ظ] وهو أنَّ اليَدَ الغاصِبَةَ مِنَ الغاصِبِ يتَعَلَّقُ بها الضَّمانُ ، كأَصْلِها ، ويسْتَقِرُّ عليها مع التَّلَفِ تحتَها ، ولا يُطالَبُ بما زادَ على مُدَّتِها . اليَدُ الرَّابعَةُ ، يَدٌ آخِذَةٌ لمَصْلَحَةِ الدَّافِعِ ؛ كالاسْتِيداعِ ، والوَكالَةِ بغيرِ جُعْلٍ ،

(١) سقط من : تش ، م .

الشرح الكبير

اسْتَوْفَى بَدَلَ ما غَرِمَ . وكذلك الحُكْمُ فيما تَلِفَ مِن الأَجْزاءِ[1] بالاسْتِعْمالِ . إذا كانتِ العَيْنُ وَقْتَ القَبْضِ أكْثَرَ قِيمَةً مِن يوم التَّلَفِ ، فضَمِنَ الأكْثَرَ ، فيَنْبَغِى أن يَرْجِعَ بما بينَ القِيمَتَيْن ؛ لأنَّه دَخَل على أنَّه لا يَضْمَنُه ، ولم يَسْتَوْفِ بَدَلَه . فإن رَدَّها المُسْتَعِيرُ على الغاصِبِ ، لم يَسْقُطْ عنه الضَّمانُ ؛ لأنَّه فَوَّتَ المِلْكَ على مالِكِه بتَسْلِيمِه إلى غيرِ مُسْتَحِقِّه . ويَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على الغاصِبِ إن حَصَل التَّلَفُ فى يَدِه ، وكذلك الحُكْمُ فى المُودَعِ .

الإنصاف

فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ للمالِكِ تَضْمينَها ، ثم يَرْجِعُ بما ضُمِّنَ على الغاصِبِ ؛ لتَغْريرِه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ باسْتِقْرارِ الضَّمانِ عليها ، ولتَلَفِ المالِ تحتَها مِن غيرِ إذْنٍ . صرَّح به القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، فى بابِ المُضارَبَةِ . قال ابنُ رَجَبٍ : ويتَخَرَّجُ فيه وَجْهٌ آخَرُ ، لا يجوزُ تَضْمِينُها بحالٍ ، مِنَ الوَجْهِ المَحْكِىِّ كذلك فى المُرْتَهِنِ ونحوِه ، وأوْلَى . وخرَّجَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ مِن مُودَعِ المُودِعِ ، حيثُ لا يجوزُ له الإيداعُ ؛ فإنَّ الضَّمانَ على الأوَّلِ وحدَه . كذلك قال القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » ، وذكَر أنَّه ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، ومِنَ الأصحابِ مَن منَع ظُهورَه . اليَدُ الخامسةُ ، يَدٌ قابِضَةٌ لمَصْلَحَتِها ، ومَصْلَحَةِ الدافِعِ[2] ؛ كالشَّرِيكِ ، والمُضارِبِ ، والوَكِيلِ بجُعْلٍ ، والمُرْتَهِنِ ، فالمَشْهورُ جَوازُ تَضْمِينِها أيضًا ، وتَرْجِعُ بما ضُمِّنَتْ ؛ لدُخولِها على الأمانَةِ . وذكَر القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، فى الرَّهْنِ احْتِمالَيْن آخَرَيْن ؛ أحدُهما ،

---

(1) فى الأصل : « الأجر » .

(2) فى النسخ : « الغاصب » ، وانظر : القواعد الفقهية ٢٢٥ .

المقنع

....

الشرح الكبير

....

الإنصاف

اسْتِقْرارُ الضَّمانِ على القابِضِ . وحَكَوا هذا الوَجْهَ فى المُضارِبِ أيضًا . والثَّانى ، لا يجوزُ تَضْمِينُها بحالٍ ؛ لدُخولِها على الأمانَةِ . قال ابنُ رَجَبٍ : ويَنْبَغِى أنْ يكونَ هو المذهبَ ، وأنَّه لا يجوزُ تَضْمِينُ القابِضِ ما لم يدْخُلْ على ضَمانِه فى جميعِ هذه الأقْسامِ . وحكَى القاضى وغيرُه فى المُضارَبَةِ وَجْهًا آخرَ ، أنَّ الضَّمانَ فى هذه الأَمانات يَسْتَقِرُّ على مَن ضُمِّنَ منهما ، فأيُّهما ضُمِّنَ لم يرْجِعْ على الآخرِ . اليَدُ السَّادِسةُ ، يَدٌ قابِضَةٌ عِوَضًا مُسْتَحَقًّا بغيرِ عَقْدِ البَيْعِ ؛ كالصَّداقِ ، وعِوَضِ الخُلْعِ ، والعِتْقِ ، والصُّلْحِ عن دَمِ العَمْدِ ، إذا كان مُعَيَّنًا له ، أو كان القَبْضُ وَفاءً لدَيْنٍ مُسْتَقِرٍّ فى الذِّمَةِ ؛ مِن ثَمَنِ مَبِيعٍ ، أو غيرِه ، أو صَداقٍ ، أو قِيمَةِ مُتْلَفٍ ، ونحوِه ، فإذا تَلِفَتْ هذه الأعْيانُ فى يَدِ مَن قَبَضَها ، ثم اسْتُحِقَّتْ ، فللمُسْتَحِقِّ الرُّجوعُ على القابِضِ ببَدَلِ العَيْنِ والمَنْفَعَةِ ، على ما تقَرَّرَ . قال : ويتَخَرَّجُ وَجْهٌ ، أنْ لا مُطالَبَةَ له عليه . وهو ظاهِرُ كلامِ ابنِ أبِى مُوسى فى الصَّداقِ . والباقى مِثْلُه على القَوْلِ بالتَّضْمِينِ ، فيَرْجِعُ على الغاصِبِ بما غرِمَ مِن قِيمَةِ المَنافِعِ ؛ لتَغْرِيرِه ، إلَّا بما انْتَفعَ به ، فإنَّه مُخَرَّجٌ على الرِّوايتَيْن . وأمَّا قِيَمُ الأعْيانِ ، فمُقْتَضَى ما ذكَرَه القاضى ومَنِ اتَّبَعه ، أنَّه لا يَرْجِعُ بها . ثم إنْ كان القَبْضُ وَفاءً عن دَيْنٍ ثابتٍ فى الذِّمَّةِ ، فهو باقٍ بحالِه ، وإنْ كانَ عِوَضًا مُتَعيِّنًا فى العَقْدِ ، لم يَنْفَسِخِ العَقْدُ ، ههنا باسْتِحْقاقِه ، ولو قُلْنا : إنَّ النِّكاحَ على المَغْصُوبِ لا يصِحُّ . لأنَّ القَوْلَ بانْتِفاءِ الصِّحَّةِ مُخْتَصٌّ بحالَةِ العِلْمِ . ذكَرَه ابنُ أبِى مُوسى . ويَرْجِعُ على الزَّوْجِ بقِيمَةِ المُسْتَحَقِّ فى المَنْصُوصِ . وهو قَوْلُ القاضى فى « خِلافِه » ، وقالَ فى « المُجَرَّدِ » : ويجِبُ مَهْرُ المِثْلِ . وأمَّا عِوَضُ الخُلْعِ ، والعِتْقُ ، والصُّلْحُ عن دَمِ العَمْدِ ، ففيها وجْهان ؛ أحدُهما ، يجِبُ الرُّجوعُ فيها بقِيمَةِ العِوَضِ المُسْتَحَقِّ . وهو المَنْصوصُ ، وهو قَوْلُ القاضى فى أكْثَرِ كُتُبِه . وجزَم به صاحِبُ « المُحَرَّرِ » .

الإنصاف

والثَّانى ، يجبُ قِيمَةُ المُسْتَحَقِّ فى الخُلْعِ ، والصُّلْحِ عن دَمِ العَمْدِ ، بخِلافِ العِتْقِ ، فإنَّ الواجِبَ فيه قِيمَةُ العَبْدِ . وهو قَوْلُ القاضى فى البُيوعِ مِن « خِلافِه » ، ويُشْبِهُ قَوْلَ الأصحابِ ، فيما إذا جعَل عِتْقَ أمَتِه صَداقَها ، وقُلْنا : لا ينْعَقِدُ به النِّكاحُ فأبَتْ أنْ تتزَوَّجَه على ذلك ، أنَّ عليها قِيمَةَ نفْسِها لا قِيمَةَ مَهْرِ مِثْلِها . وعلى الوَجْهِ المُخَرَّجِ فى البَيْعِ ؛ أنَّ المَغْرورَ يرْجِعُ بقِيمَةِ العَيْنِ ، فهُنا كذلك . اليَدُ السَّابعةُ ، يَدٌ قابِضَةٌ بمُعاوَضَةٍ ؛ وهى يَدُ المُسْتَأْجِرِ . فقال القاضى والأكْثَرون : إذا ضُمِّنَتِ المَنْفَعَةَ ، لم يَرْجِعْ بها . ولو زادَتْ أُجْرَةُ المِثْلِ على الأُجْرَةِ المُسمَّاةِ ، ففيه ما مَرَّ مِن زِيادَةِ قِيمَةِ العَيْنِ على الثَّمنِ . وإذا ضُمِّنَتْ قِيمَةَ العَيْنِ ، رَجَعَتْ بها على الغاصِبِ ؛ لتَغْريرِه . وفى « تَعْليقَةِ المَجْدِ » ، يتَخَرَّجُ لأصحابِنا وَجْهان ؛ أحدُهما[1] ، أنَّ المُسْتَأْجِرَ لا ضَمانَ عليه بحالٍ ؛ لقَوْلِ الجُمْهورِ : يضْمَنُ العَيْنَ . وهل القَرارُ عليه ؟ لنا وَجْهان ؛ أحدُهما ، عليه . والثَّانى ، على الغاصِبِ . وهو الذى ذكَرَه القاضى فى « خِلافِه » . انتهى . اليَدُ الثَّامِنَةُ ، يَدٌ قابِضَةٌ للشَّرِكَةِ ؛ وهى المُتَصَرِّفَةُ فى المالِ بما يُنَمِّيه بجُزْءٍ مِنَ النَّماءِ ؛ كالشَّريكِ ، والمُضارِبِ ، والمُزارِعِ ، والمُساقِى ، ولهم الأُجْرَةُ على الغاصِبِ ؛ لعَمَلِهم له بعِوَضٍ[2] لم يُسْلَمْ . فأمَّا المُضارِبُ ، والمُزارِعُ بالعَيْنِ المَغْصُوبَةِ ، وشَريكُ العِنانِ[2] ، فقد دَخَلُوا على أنْ لا ضَمانَ عليهم بحالٍ ، فإذا ضُمِّنُوا على المَشْهورِ ، رَجَعُوا بما ضُمِّنُوا ، إلَّا حِصَّتَهم مِنَ الرِّبْحِ ، فلا يَرْجِعُون بضَمانِها . ذكَرَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، فى المُساقِى . والمُزارِعُ نَظِيرُه . أمَّا المُضارِبُ ، والشَّريكُ ، فلا نَبْغِى أنْ يَسْتَقِرَّ عليهم ضَمانُ شئٍ بدُونِ القِسْمَةِ مُطْلَقًا . وحكَى الأصحابُ ، فى

(١) ذكر الشيخ أحد الوجهين و لم يذكر الوجه الآخر . انظر القواعد الفقهية ٢٢٩ .

(٢ - ٢) سقط من : ط .

الإنصاف

المُضارِبِ[1] بغيرِ إذْنٍ وَجْهًا آخَرَ ، أنْه يَرْجِعُ بما ضُمِّنَه ؛ بِناءً على الوَجْهِ المذْكُورِ باسْتِقْرارِ الضَّمانِ على مَن تَلِفَ المالُ بيَدِه . ويتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه لا يَمْلِكُ المالِكُ تَضْمِينَهم بحالٍ ، [٢/١٩٥ و] وإنَّما أعادَ حُكْمَ الشَّرِيكِ والمُضارِبِ لذِكْرِ النَّماءِ . وأمَّا المُساقِى إذا ظهَر الشَّجَرُ مُسْتَحَقًّا بعدَ تَكْمِلَةِ العَملِ ، فللعامِلِ أُجْرَةُ المِثْلِ لعَمِلِه على الغاصِبِ ، وإذا تَلِفَ الثَّمَرُ ، فله حالتَان ؛ إحْداهما ، أنْ يَتْلَفَ بعدَ القِسْمَةِ ، فللمالِكِ تَضْمِينُ كلٍّ مِنَ الغاصِبِ والعامِلِ ما قبَضَه ، وله أنْ يُضَمِّنَ الكُلَّ للغاصِبِ ، فإذا ضَمَّنَه الكُلَّ رجَع على العامِلِ بما قَبَضَه لنَفْسِه . وفى « المُغْنِى » احْتِمالٌ ، لا يَرْجِعُ عليه . وهل للمالِكِ تَضْمِينُ العامِلِ جميعَ الثَّمرَةِ ؟ ذكَر القاضى فيه احْتِمالَيْن ؛ أحدُهما ، نعم . ثم يَرْجِعُ العامِلُ على الغاصِبِ بما قبَضَه مِنَ الثَّمَرِ ، على المَشْهورِ ، وبالكُلِّ على الاحْتِمالِ المذْكُورِ . والثَّانى ، لا . والحالةُ الثَّانيةُ ، أنْ يتْلَفَ الثَّمرُ قبلَ القِسْمَةِ ؛ إمَّا على الشَّجَرِ ، وإمَّا بعدَ جَذِّه . ففى « التَّلْخيصِ » ، فى مُطالَبَةِ العامِلِ بالجميعِ ، احْتِمالَان . وكذا لو تَلِفَ بعضُ الشَّجَرِ . قال ابنُ رَجَبٍ : وهو مُلْتَفِتٌ إلى أنَّ يَدَ العامِلِ ، هل تَثْبُتُ على الشَّجَرِ والثَّمَرِ ، أم لا ؟ والأَظْهرُ ، أنْ لا ؛ لأنَّ الضَّمانَ عندَنا لا ينْتَقِلُ فى الثَّمَرِ المُعَلَّقِ على شَجَرِه بالتَّخْلِيةِ . ولوِ اشْتَرَى شَجَرَةً بثَمَرِها ، فهل تدْخُلُ الثَّمرَةُ فى ضَمانِه تبَعًا للشَّجَرَةِ ؟ قال ابنُ عَقِيلٍ فى « فُنونِه » : لا تدْخُلُ . والمذهبُ دُخولُه تبَعًا . اليَدُ التَّاسعةُ ، يَدٌ قابِضَةٌ تَمَلُّكًا لا بعِوَضٍ ؛ إمَّا للعَيْنِ بمَنافِعِها ؛ كالهِبَةِ والوَقْفِ ، والصَّدَقَةِ ، والوَصِيَّةِ ، أو للمَنْفَعَةِ ؛ كالمُوصَى له بالمَنافِعِ . والمَشْهورُ أنَّها تَرْجِعُ بما ضُمِّنَتْه بكُلِّ حالٍ ، إلَّا ما يحْصُلُ لها به نَفْعٌ ، ففى رُجُوعِها بضَمانِه الرِّوايَتان . ويتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّها لا تُضَمَّنُ ابْتِداءً ، ما لم يَسْتَقِرَّ ضَمانُها عليه .

(١) بعدها فى النسخ : « للمضارب » وانظر : القواعد الفقهية ٢٢٩ .

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف

وذكَر القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ رِوايةً ، أنَّها لا تَرْجِعُ بما ضُمِّنَتْه بحالٍ . ثم اخْتلَفَ الأصحابُ فى مَحَلِّ الرِّوايتَيْن ، فى الرُّجوعِ بما انْتفَعَتْ به على طُرُقٍ ثَلاثَةٍ ؛ إحْداهُنَّ ، أنَّ مَحَلَّهما إذا لم يقُلِ الغاصِبُ : هذا مِلْكِى . أو ما يدُلُّ عليه ، فإنْ قال ذلك ، فالقَرارُ عليه ، بغيرِ خِلافٍ . وهى طَرِيقةُ المُصَنِّفِ فى « المُغْنِى » . والطَّرِيقةُ الثَّانيةُ ؛ إنْ ضمَّنَ المالِكُ القابِضَ ابْتِداءً ، ففى رُجوعِه على الغاصِبِ الرِّوايتَان مُطْلَقًا . وإنْ ضمَّنَ الغاصِبَ ابْتِداءً ، فإنْ كان القابِضُ قد أقَرَّ له بالمِلْكِيَّةِ ، لم يَرْجِعْ على القابِضِ . رِوايَةً واحدَةً ، وهى طريقةُ القاضى . والطَّرِيقةُ الثَّالثةُ ، الخِلافُ فى الكُلِّ مِن غيرِ تَفْصِيلٍ . وهى طريقةُ أبِى الخَطَّابِ وغيرِه . اليَدُ العاشِرَةُ ، يَدٌ مُتْلِفَةٌ للمالِ نِيابَةً عنِ الغاصِبِ ؛ كالذَّابِحِ للحَيوانِ ، والطَّابِخِ له ، فلا قَرارَ عليها بحالٍ ، وإنَّما القَرارُ على الغاصِبِ . قالَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والأصْحابُ . قال ابنُ رَجَبٍ : ويَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ بالقَرارِ عليها فيما أتْلفَتْه ، كالمُودَعِ ، إذا تَلِفَتْ تحتَ يدِه ، وأوْلَى ؛ لمُباشَرتِها للإتْلافِ . قال : ويَتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ ، لا ضَمانَ عليها بحالٍ مِن نصِّ أحمدَ ، فى مَن حفَر لرَجُلٍ بِئْرًا فى غيرِ مِلْكِه ، فوقَعَ فيها إنْسانٌ ، فقال الحافِرُ : ظَنَنْتُ أنَّها فى مِلْكِه . فلا شئَ عليه . وبذلك جزَم القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، فى كتابِ الجِناياتِ . وأمَّا إذا أتْلَفَتْه على وَجْهٍ مُحَرَّمٍ شَرْعًا ، عالِمةً بتَحْرِيمِه ؛ كالقاتِلَةِ للعَبْدِ المَغْصُوبِ ، والمُحْرِقَةِ للمالِ بإذْنِ الغاصِبِ فيهما ، ففى « التَّلْخيصِ » ، يَسْتَقِرُّ عليها الضَّمانُ ؛ لأنَّها عالِمَةٌ بالتَّحْريمِ ، فهى كالعالِمةِ بأنَّه مالُ الغيرِ ، ورَجَّح الحارِثِىُّ دُخُولَها فى قِسْمِ المَغْرورِ . انتهى كلامُ ابنِ رَجَبٍ فى « القواعدِ » مُلَخَّصًا ، ولقد أجادَ ، فرَحِمَه اللهُ تعالَى .

المقنع

وَإذَا اشْتَرَى أَرْضًا فَغَرَسَهَا أَوْ بَنَى فِيهَا ، فَخَرَجَتْ مُسْتَحَقَّةً ، فَقُلِعَ غَرْسُهُ وَبِنَاؤُهُ ، رَجَعَ الْمُشْتَرِى عَلَى الْبَائِعِ بِمَا غَرِمَهُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِى فِى الْقِسْمَةِ .

الشرح الكبير

٢٣٤٣ – مسألة : (وإنِ اشْتَرَى أرْضًا فغَرَسَها أو بَنَى فيها ، فخَرَجَتْ مُسْتَحَقَّةً ، وقُلِع غَرْسُه وبناؤُه ، رَجع المُشْتَرِى على البائِعِ بما غرِمَه . ذكَرَه القاضِى فى القِسْمةِ) لأنَّه ببيعِه إيّاها غرَّه وأوْهَمَه أنَّها مِلْكُه ، وكان ذلك سببًا فى بِنائِه وغَرْسِه ، فرَجَعَ عليه بما غَرِمَه عليها ، كرُجُوعِه بما أعْطاهُ مِن ثَمَنِها .

الإنصاف

قوله : وإن اشْتَرَى أرْضًا ، فغَرَسَها ، أو بَنَى فيها ، فخَرَجَتْ مُسْتَحَقَّةً ، فقَلَع غَرْسَه وبناءَه ، رَجَعَ المُشْتَرِى على البائعِ بما غَرِمَه . ذكَرَه القاضى فى القِسْمَةِ . وهذا بلا نِزاعٍ ، على القَوْلِ بجَوازِ القَلْعِ . وأفادَنا كلامُ المُصَنِّفِ ، أنَّ للمالِكِ قَلْعَ الغَرْسِ والبِناءِ . وهذا المذهبُ مُطْلَقًا . أعْنِى ، مِن غيرِ ضَمانِ النَّقْصِ ، ولا الأَخْذِ بالقِيمَةِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الوَجيزِ » ، وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، وقال : هو الأصحُّ . قال فى « القواعِدِ » : هذا الذى ذكَرَه ابنُ أبِى مُوسى ، والقاضى فى « المُجرَّدِ » ، وتَبِعَه عليه المُتأَخِّرون . وعنه ، لرَبِّ الأرْضِ قَلْعُه ، إنْ ضَمِنَ نقْصَه ، ثم يَرْجِعُ به على البائعِ . قالَه فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه . وقال الحارِثِىُّ : وعن أحمدَ ، لا يَقْلَعُ ، بل يَأْخُذُه بقِيمَتِه . وذكَر النَّصَّ مِن رِوايةِ حَرْبٍ . وقدَّمه فى « القاعِدَةِ السَّابِعَةِ والسَّبْعِين » ، فى غَرْسِ المُشْتَرِى مِنَ الغاصِبِ ، وقال : نَقَله عنه حَرْبٌ ، ويَعْقُوبُ بنُ بخْتانَ . وذكَر النَّصَّ ، وقال :

المقنع

وَإِنْ أَطْعَمَ الْمَغْصُوبَ لِعَالِمٍ بِالْغَصْبِ ، اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ،

الشرح الكبير

٢٣٤٤ - مسألة : (وإن أَطْعَمَ المَغْصُوبَ لعالِمٍ بالغَصْبِ ، اسْتَقرَّ الضَّمانُ عليه) لكَوْنِه أتْلَفَ مالَ غيرِه بغيرِ إذْنِه عالِمًا مِن غيرِ تَغْرِيرٍ . وللمالِكِ تَضْمِينُ الغاصِبِ ؛ لأنَّه حالَ بينَه وبينَ مالِه ، والآكِلِ ؛ لأنَّه أتْلَفَ مالَ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، وقَبَضَه مِن يَدِ ضامِنِه بغيرِ إذْنِ مالِكِه . فإن ضَمَّنَ الغاصِبَ ، رَجَع على الآكلِ ، وإن ضَمَّنَ الآكِلَ ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ .

الإنصاف

وكذلك نقَل عنه (١ محمدُ بنُ أبِى حَرْبٍ الجَرجَرائِىُّ ١) ، وقال : وهذا الصَّحيحُ ، ولا يَثْبُتُ عن أحمدَ سِواه ، ونَصَره بأدِلَّةٍ . وتقدَّم التَّنْبيهُ على بعضِ ذلك ، فى أوَّلِ البابِ ، عندَ غَرْسِ الغاصبِ وبنائِه ، ولكِنَّ كلامَه هنا أعَمُّ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو بنَى فيما يَظُنُّه مِلْكَه ، جازَ نَقْضُه ؛ لتَفْرِيطِه ، ويَرْجِعُ على مَن غرَّه . ذكَرَه فى « الانْتِصارِ » ، فى الشَّفِيعِ ، واقْتَصرَ عليه فى « الفُروعِ » . الثَّانيةُ ، لو أخَذ منه ما اشْتَراه بحُجَّةٍ مُطْلَقَةٍ ، ردَّ بائِعُه ما قبَضَه منه . على [١٩٥/٢ ظ] المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : إنْ سبَقَ المِلْكُ الشِّراءَ ، وإلَّا فلا . ذكَرَه فى « الرِّعايةِ » فى الدَّعْوَى .

قوله : وإنْ أَطْعَمَ المَغْصُوبَ لعالِمٍ بالغَصْبِ ، استَقَرَّ الضَّمانُ عليه - يعْنِى ، على الآكِلِ . وهذا بلا نِزاعٍ - وإنْ لم يَعْلَمْ ، وقالَ له الغَاصِبُ : كُلْه ، فإنَّه طَعامِى . اسْتَقَرَّ الضَّمانُ على الغاصِبِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ،

(١ - ١) فى النسخ : « محمد بن حرب الجرجانى » . وتقدمت ترجمته فى ٢٩٥/٩ .

المقنع

وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، وَقَالَ لَهُ الْغَاصِبُ كُلْهُ ، فَإِنَّهُ طَعَامِي . اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَى الْغَاصِبِ ،وَإِنْ لَمْ يَقُلْ ،فَفِى أَيِّهِمَا يَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ الضَّمَانُ وَجْهَانِ .

الشرح الكبير

[٢٨٤/٤ظ] **٢٣٤٥** – مسألة : (وإن لم يَعْلَمْ ، وقال له الغاصِبُ : كُلْهُ ، فإنَّه طَعَامِى . اسْتَقَرَّ الضَّمانُ على الغاصِبِ) لاعْتِرافِه بأنَّ الضَّمانَ باقٍ عليه ، وأنه لم يَلْزَمِ الآكِلَ شىءٌ ، ولأنَّه غرَّ الآكِلَ .

٢٣٤٦ – مسألة : (وإن لم يَقُلْ ، ففى أيِّهما يَسْتَقِرُّ عليه الضَّمانُ

الإنصاف

و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفروعِ » ، و « الخُلاصَةِ » . وقيل : الضَّمانُ على الآكِلِ . وأطْلَقهما فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » . ويأْتِى كلامُ القاضى ، وأبى الخطَّابِ ، وغيرِهما .

قوله : وإنْ لم يَقُلْ – يعْنِى ، وإنْ لم يقُلْ : هو طَعامِى . بل قال له : كُلْ – ففى أيِّهما يَسْتَقِرُّ عليه الضَّمانُ ، وَجْهان . أكثرُ الأصحابِ يحْكُون الخِلافَ وَجْهَيْن ، وحَكاهما فى « المُغْنِى » رِوايتَيْن . وأطْلَقهما فى « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحارِثِىِّ » ؛ أحدُهما ، يَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على الغاصِبِ . وهوِ المذهبُ . صحَّحه فى « النَّظْمِ » ، و « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » ، و « الفُروعِ » . وهو ظاهرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . والوَجْهُ الثَّانى ، يَسْتَقِرُّ على الآكِلِ . وقال القاضى ، وأبو الخطَّابِ فى « الهِدايَةِ » ، والسَّامَرِّىُّ فى « المُسْتَوْعِبِ » ، وابنُ الجَوْزِىِّ فى « المُذْهَبِ » : إنْ ضُمِّنَ الغاصِبُ ، اسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه ، وَجْهًا واحِدًا ، وإنْ ضُمِّنَ الآكِلُ ، ففى رُجوعِه على الغاصِبِ وَجْهان مَبْنِيَّان على رِوايَتَىِ المَغْصوبِ . لكِنَّ القاضىَ قال : ذلك فيما إذا قال : هو طَعامِى ، فكُلْه . وغيرُه ذكَرَه فى المَسْأَلَتَيْن .

المقنع

وَإِنْ أَطْعَمَهُ لِمَالِكِهِ وَلَمْ يَعْلَمْ ، لَمْ يَبْرَأْ . نَصَّ عَلَيْهِ ، فِي رَجُلٍ لَهُ عِنْدَ رَجُلٍ تَبِعَةٌ ، فَأَوْصَلَهَا إِلَيْهِ ، عَلَى أَنَّهَا صِلَةٌ ، أَوْ

الشرح الكبير

وَجْهان) أحَدُهما ، يَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على الآكِلِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشافعىِّ فى الجَدِيدِ ؛ لأنَّه ضَمِنَ [(1)]ما أتْلَفَ[(1)] ، فلم يَرْجِعْ به على أحَدٍ . والثانى ، يَسْتَقِرُّ على الغاصِبِ ؛ لأنَّه غَرَّ الآكِلَ ، وأطْعَمَه على أنَّه لا يَضْمَنُه . وهذا ظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِىِّ . وأيُّهما اسْتَقَرَّ عليه الضَّمانُ فغَرِمَ ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ ، وإن غَرِم صاحِبُه ، رَجَع عليه .

٢٣٤٧ – مسألة : (وإن أطْعَمَه لمالِكِه ولم يَعْلَمْ ، لم يَبْرَأْ . نَصَّ عليه) إذا أطْعَمَ المَغْصُوبَ لمالِكِه ، فأكَلَه[(2)] عالِمًا أنَّه طَعامُه ، بَرِئَ الغاصِبُ . وإن لم يَعْلَمْ ، وقال له : كُلْهُ ، فإنَّه طَعَامِى . اسْتَقَرَّ الضَّمانُ على الغاصِبِ ؛ لِما ذَكَرْنا ، وإن كانت له بَيِّنَةٌ بأنَّه طَعامُ المَغْصُوبِ منه .

الإنصاف

قوله : وإنْ أطْعَمَه لمالِكِه ، و لم يَعْلَمْ ، لم يَبْرَأْ . نَصَّ عليه فى رَجُلٍ له عندَ رَجُلٍ تَبِعَةٌ ، فأوْصَلَها إليه على أنَّها صِلَةٌ أو هَدِيَّةٌ ، و لم يَعْلَمْ : كيف هذا . قال المُصَنِّفُ : يَعْنِى ، أنَّه لا يَبْرَأُ . اعلمْ أنَّه إذا أطْعَمَه لمالِكِه ، فأكَلَه عالِمًا أنَّه طَعامُه ، بَرِئَ غاصِبُه . وكذا لو أكَلَه بلا إذْنِه . فإنْ لم يَعْلَمْ ، وقال له الغاصِبُ : كُلْه ، فإنَّه طَعامِى . لم يَبْرَأِ الغاصِبُ أيضًا . وإنْ لم يقُلْ ذلك ، بل قدَّمه إليه ، وقال : كُلْه . فجزَم المُصَنِّفُ هنا ، أنَّه لا يَبْرَأُ ، وهو ظاهِرُ النَّصِّ المذْكُورِ . قال الحارِثِىُّ : نصَّ عليه مِن وُجُوهٍ ، وذكَرَها . وهو المذهبُ ، جزَم به فى « الوَجيزِ » ،

(١ – ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

المقنع هَدِيَّةٌ ، وَلَمْ يَعْلَمْ : كَيْفَ هَذَا ؟ يَعْنِى أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ .

الشرح الكبير وإن لم يَقُلْ ذلك ، بل قَدَّمَه إليه ، وقال : كُلْهُ . فظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّه لا يَبْرَأُ ؛ لأنَّه قال فى رِوايَةِ الأثْرَمِ ، فى رجلٍ له قِبَلَ رجلٍ تَبِعَةٌ ، فأَوْصَلَها إليه على سَبيلِ صَدَقَةٍ أو هَدِيَّةٍ ، فلم يَعْلَمْ ، فقال : (كيف هذا ؟) هذا يَرَى أنَّه هَدِيَّةٌ ، يقولُ له : هذا لك عِنْدِى . وهذا يَدُلُّ على (أنَّه لا يَبْرَأُ) هٰهُنا ، فيأْكُلُ المالِكُ طَعامَه بطَرِيقِ الأَوْلَى ؛ لأنَّه ثَمَّ رَدَّ إليه يَدَه وسُلْطانَه ، وهٰهُنا بالتَّقْدِيمِ إليه لم يَعُدْ إليه اليَدُ والسُّلْطانُ ، فإنه لا يَتَمَكَّنُ مِن التَّصرُّفِ فيه بكلِّ ما يُرِيدُ مِن أَخْذِه وبَيْعِه والصَّدَقَةِ به ، فلم يَبْرَأْ به الغاصِبُ ، كما لو عَلَفَه لدَوَابِّه . ويَتَخرَّجُ أن يَبْرَأَ ، بِناءً على ما إذا أطْعَمَه لأَجْنَبِىٍّ ، فإنَّه يَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على الآكِلِ ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن ، فكذلك هٰهُنا . وهذا مَذْهَبُ أبى حنيفةَ .

الإنصاف و « الفائقِ » ، و « ناظِمِ المُفْرَداتِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » . وقدَّمه فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الحارِثِىِّ » . وهو مِن مُفْرداتِ المذهبِ . قال المُصَنِّفُ ، وتَبِعَه الشَّارِحُ : ويَتخرَّجُ أنْ يَبْرَأَ ؛ بِناءً على ما إذا أطْعَمَه لأَجْنَبِىٍّ ، فإنَّه يَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على الآكِلِ فى أحَدِ الوَجْهَيْن كما تقدَّم . وذكَره ابنُ أبى مُوسى تخْريجًا .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو أطْعَمَه لدابَّةِ المَغْصُوبِ منه ، أو لعَبْدِه ، لم يَبْرَأْ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وجزَم به فى « التَّلْخيصِ » . قال فى « الفائقِ » : ولو أطْعَمَه لدابَّتِه مع عِلْمِه ، بَرِئَ مِنَ الغَصْبِ ، وإلَّا فلا . نصَّ عليه . وقدَّمه فى

الشرح الكبير

فصل : وإن وَهَب المَغْصُوبَ لمالِكِه ، أو أهْداه إلَيْه ، بَرِئَ فى الصَّحِيحِ ؛ لأنَّه سَلَّمَه إليه تَسْلِيمًا تامًّا ، وزالَتْ يَدُ الغاصِبِ . وكَلامُ أحمدَ فى رِوايَةِ الأثْرَمِ مَحْمُولٌ على ما إذا أعْطاه عِوَضَ حَقِّه على سَبِيلِ الهِبَةِ ، فأخَذَه المالِكُ على هذا الوَجْهِ لا على سَبِيلِ العِوَضِ ، فلم تَثْبُتِ [٤/٢٨٥و] المُعاوَضَةُ ، ومسألَتُنا فيما إذا رَدَّ إليه[1] عَيْنَ مالِه ، وأعادَ يَدَه التى أزالَها . وإن باعَه إيّاهُ وسَلَّمَه إليه ، بَرِئَ مِن الضَّمانِ ؛ لأنَّه قَبَضَه بالابْتِياعِ ، وهو مُوجِبٌ للضَّمانِ . وكذلك إن أقْرَضَه إيَّاهُ ؛ لِما ذَكَرْنا .

الإنصاف

« الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . قَالَ فى الفُرُوعِ : لغَيْرِ عالِمٍ بغَصْبِه . قال جماعَةٌ : أو لدابَّتِه ، استَقَرَّ ضَمانُه عليه : وقال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : إنْ جَهِلَ مالِكُه ، ففيه ثَلاثَةُ أوْجُهٍ ؛ الثّالِثُ ، لا يَبْرَأُ ، إنْ قال : هو لى . وإلَّا بَرِئَ . انتهى . الثَّانيةُ ، قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : لو وَهَبَ المَغْصُوبَ لمالِكِه ، أو أهْداه إليه ، بَرِئَ . على الصَّحِيحِ ؛ لأنَّه سلَّمه إليه تَسْلِيمًا تامًّا . وكذا إنْ باعَه أيضًا ، وسلَّمه إليه ، أو أقْرَضَه إيَّاه . وهو رِوايَةٌ عن أحمدَ . قال فى « الفُروعِ » : وجزَم به جماعَةٌ . وصحَّحه فى « الكافِى » وغيره . وقال فى « القاعِدَةِ السَّادِسَةِ والسِّتِّين » : والمَشْهورُ فى الهِبَةِ ، أنَّه لا يَبْرَأُ ، نصَّ عليه أحمدُ ، مُعَلِّلًا بأنَّه تحَمَّلَ مِنَّتَه ، ورُبَّما كافأه على ذلك ، واخْتارَ القاضى فى « خِلافِه » ، وصاحِبُ « المُغْنِى » ، أنَّه يَبْرَأُ[2] ؛ لأنَّ المالِكَ تَسَلَّمه تسَلُّمًا تامًّا ، وعادَتْ سُلْطَتُه إليه . انتهى . وقدَّم فى « الفُروعِ » ، أنَّ أخْذَه بهِبَةٍ ، أو شِراءٍ ، أو

(١) فى م : « عليه » .

(٢) فى الأصل ، ط : « لا يبرأ » ، وانظر : المغنى ٧/٤١٩ ، والقواعد الفقهية ١٢١ ، ١٢٢ .

المقنع وَإِنْ رَهَنَهُ عِنْدَ مَالِكِهِ ، أَوْ أَوْدَعَهُ إِيَّاهُ ، أَوْ أَجرَهُ ، أَوِ اسْتَأْجَرَهُ عَلَى قِصَارَتِهِ وَخِيَاطَتِهِ ، لَمْ يَبْرَأْ إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ .

الشرح الكبير **٢٣٤٨** – مسألة : (وإن رَهَنَه عندَ مالِكِه ، أو أَوْدَعَه إيّاهُ ، أو أجرَه ، أو اسْتَأْجَرَه على قِصَارَتِه أو خِيَاطَتِه) ولم يَعْلَمْ ، لم يَبْرَأْ من الضَّمانِ ؛ لأنَّه لم يَعُدْ إليه سُلْطانُه ، إنَّما قَبَضَه على أنه أَمَانَةٌ . وقال بعضُ أصحابِنا : يَبْرَأُ ؛ لأنَّه رَدَّه إلى يَدِه وسُلْطانِه . وهذا أحَدُ الوَجْهَيْن لأصْحاب الشافعيِّ . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ فإنَّه لو أباحَه أَكْلَه فأكَلَه ، لم يَبْرَأْ ، فههُنا أَوْلَى .

الإنصاف صَدَقَةٍ ، أنَّه كإطْعامِه لرَبِّه ، على ما تقدَّم . وقال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : إنْ أهْداه إليه ، أو جعَلَه صَدَقَةً ، لم يَبْرَأْ ، على الأصحِّ . قال الحارِثِىُّ : والمَنْصوصُ عدَمُ البَراءَةِ . اخْتارَه ابنُ أبِى مُوسى ، والقاضِيان ؛ أبو يَعْلَى ، ويَعْقُوبُ بنُ إبْراهِيمَ . انتهى .

قوله : وإنْ رهَنَه عندَ مالِكِه ، أو أَوْدَعَه إيَّاه ، أو أجرَه ، أوِ اسْتَأْجَرَه على قِصارَتِه وخِياطَتِه ، لم يَبْرَأْ ، إلَّا أنْ يَعْلَمَ . وهو المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » . قال الحارِثِىُّ : فالنَّصُّ قاضٍ بعَدَمِ البَراءَةِ . انتهى . وقدَّمه فى « الكافِى » ، فى غيرِ الرَّهْنِ . وقيل : يَبْرَأُ . قال فى « الفُروعِ » : وقال جماعَةٌ : يَبْرَأُ فى وَدِيعَةٍ ، ونحوِها . قال الشَّارِحُ : وقال بعضُ أصحابِنا : يَبْرَأُ . (١ قلتُ : ورأيْتُه فى نُسْخَةٍ قُرِئَتْ على المُصَنِّفِ . وقال أبو الخَطَّابِ : يَبْرَأُ ١) .

(١ – ١) سقط من : الأصل ، ط .

المقنع

وَإِنْ أَعَارَهُ إِيَّاهُ ، بَرِئَ ، عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ .

الشرح الكبير

٢٣٤٩ – مسألة : (وإن أعارَه إيّاهُ ، بَرِئَ ، عَلِمَ أو لم يَعْلَمْ) لأنَّ

الإنصاف

فائدة : لو أباحه مالِكُه للغاصبِ ، فأكَلَه قبلَ عِلْمِه ، ضَمِنَ . ذكَرَه فى « الانْتِصارِ » ، فيما إذا حلَف : لا خرَجْتِ إلَّا بإذْنِى . قال فى « الفرُوعِ » : ويتَوَجَّهُ الوَجْهُ . يعْنِى ، بعَدَمِ الضَّمانِ . قال : والظَّاهِرُ أنَّ مُرادَهم غيرُ الطَّعامِ كهو فى ذلك ، ولا فَرْقَ . قال [١٩٦/٢ و] فى « الفُنونِ » ، فى مَسْأَلَةِ الطَّعامِ : يَبْقَى الضَّمانُ ؛ بدَليلِ ما لو قدَّم له شَوْكَه الذى غصَبَه منه ، فسَجَرَه وهو لا يعْلَمُ . انتهى . وما ذكَرَه فى « الانْتِصارِ » ذكَرَه القاضى يَعْقُوبُ فى « تَعْليقِه » ، فى المَكانِ المذْكُورِ ، ولم يخُصَّه بالطَّعامِ ، بل قال : كلُّ تصَرُّفٍ تَصَرَّفَ به الأَجْنَبِىُّ فى مالِ غيرِه ، وقد أذِنَ فيه مالِكُه ولم يَعْلَمْ ، فعليه الضَّمانُ . انتهى . ولم يَرْتَضِه بعضُ المُتَأَخِّرين . قلتُ : قال فى « القاعِدَةِ الرَّابِعَةِ والسِّتِّين » : وما ذكَرَه فى « الانْتِصارِ » بعيدٌ جِدًّا ، والصَّوابُ الجَزْمُ بعَدَمِ الضَّمانِ ؛ لأنَّ الضَّمانَ لا يَثْبُتُ بمُجَرَّدِ الاعْتِقادِ فيما ليس بمَضْمُونٍ ، كمَن وَطِئَ امْرأَةً يظُنُّها أجْنَبِيَّةً ، فتَبَيَّنَتْ زَوْجَتَه ، فإنَّه لا مَهْرَ عليه ، [١] ولا غيرَه[١] ، وكما لو أكَل فى الصَّوْمِ يظُنُّ أنَّ الشَّمْسَ لم تَغْرُبْ ، فتَبَيَّنَ أنَّها كانتْ غَرَبَتْ ، فإنَّه لا يَلْزَمُه القَضاءُ . انتهى . وهو الصَّوابُ .

قوله : وإنْ أعَارَه إيَّاه ، بَرِئَ ؛ عَلِمَ أو لم يَعْلَمْ . هذا المذهبُ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الفُروعِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقيل : إذا لم يَعْلَمْ ، لم يَبْرَأْ . جزَم به فى

(١ – ١) كذا فى الأصول . وفى القواعد الفقهية : « ولا عبرة باستصحاب أصل الضمان مع زوال سببه » . انظر : القواعد الفقهية ١١٩ .

المقنع

وَمَنِ اشْتَرَى [١٤٠ظ] عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ ، فَادَّعَى رَجُلٌ أَنَّ الْبَائِعَ غَصَبَهُ منه ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا ، لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الْآخَرِ . وَإِنْ

الشرح الكبير

العارِيَّةَ تُوجِبُ الضَّمانَ على المُسْتَعِيرِ ، فلو وَجَبَ الضَّمانُ على الغاصِبِ رَجَع به على المُسْتَعِيرِ ، ولا فائِدَةَ فى وُجُوبِ شَىْءٍ عليه يَرْجِعُ به على مَن وَجَب له .

٢٣٥٠ - مسألة : (وإنِ اشْتَرَى عَبْدًا فأَعْتَقَه ، فادَّعَى رجلٌ أنَّ البائِعَ غَصَبَه منه ، فصَدَّقَه أَحَدُهما ، لم يُقْبَلْ على الآخَرِ . وإن صَدَّقَاهُ مع العَبْدِ ،

الإنصاف

« التَّلْخيصِ » . قال الحارِثِىُّ : ومُقْتَضَى النَّصِّ الضَّمانُ ، وبه قال ابنُ عَقِيلٍ ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » . انتهى . وقدَّمه فى « الكافِى » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وقال : اخْتارَه الشَّيْخُ . يعْنِى به المُصَنِّفَ . والظَّاهِرُ أنَّه أرادَ ما قدَّمه فى « الكافِى » ، ولم يُعاوِدِ[1] « المُغْنِى » ، و « المُقْنِعِ » ؛ فإنَّ المُصَنِّفَ جزَم بالبَراءَةِ فيهما . وأمَّا صاحِبُ « الفُروعِ » ، فإنَّه تابَعَ المُصَنِّفَ فى « المُغْنِى » ، ولو أعادَ النَّظَرَ ، لحكَى الخِلافَ ، كما حَكاه غيرُه .

[2] **فائدة** : لو باعَه إيَّاه ، أو أقْرضَه ، فقَبَضَه جاهِلًا ، لم يَبْرَأْ ، على المَنْصُوصِ . قالَه الحارِثِىُّ . واخْتارَ المُصَنِّفُ ، أنَّه يَبْرَأُ[2] .

قوله : ومَنِ اشْتَرَى عَبْدًا فأَعْتَقَه ، فادَّعَى رَجُلٌ أنَّ البائعَ غصَبَه منه ، فصَدَّقَه أحَدُهما ، لم يُقْبَلْ على الآخَرِ - بلا نِزاعٍ - وإنْ صَدَّقاه مع العَبْدِ ، لم يَبْطُلِ العِتْقُ ،

---

(١) فى ا : « يعارضه » .

(٢ - ٢) سقط من : ط .

المقنع

صَدَّقَاهُ مَعَ الْعَبْدِ ، لَمْ يَبْطُلِ الْعِتْقُ ، وَيَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْمُشْتَرِى . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَبْطُلَ الْعِتْقُ إِذَا صَدَّقُوهُ كُلُّهُمْ .

الشرح الكبير

لم يَبْطُلِ العِتْقُ ، ويَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على المُشْتَرِى . ويَحْتَمِلُ أن يَبْطُلَ العِتْقُ إذا صَدَّقُوهُ كُلُّهُم) إذا أقامَ المُدَّعِى بَيِّنَةً بما ادَّعاه ، بَطَل البَيْعُ والعِتْقُ ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى على البائِعِ بالثَّمَنِ . وإن صَدَّقَه البائِعُ أو المُشْتَرِى ، لم يُقْبَلْ قولُ أحَدِهما على الآخَرِ ؛ لأنَّه لا يُقْبَلُ إقْرارُه فى حَقِّ غيرِه . وإن صَدَّقَاه جَمِيعًا ، لم يَبْطُلِ العِتْقُ ، وكان العَبْدُ حُرًّا ؛ لأنَّه قد تعَلَّقَ به حَقٌّ لغَيْرِهما . فإن وافَقَهما العَبْدُ ، فقال القاضِى : لا يُقْبَلُ أيضًا ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ حَقٌّ يَتَعَلَّقُ بها حَقٌّ للهِ تعالى ، ولهذا لو شَهِدَ شاهِدانِ بالعِتْقِ مع اتِّفاقِ السَّيِّدِ والعَبْدِ على الرِّقِّ ، قُبِلَتْ شَهادَتُهُما . ولو قال رجلٌ : أنا حُرٌّ . ثم أَقَرَّ بالرِّقِّ ، لم يُقْبَلْ إقْرارُه . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . ويَحْتَمِلُ أن يَبْطُلَ العِتْقُ إذا اتَّفَقُوا عليه كُلُّهم ، ويَعُودُ العَبْدُ إلى المُدَّعِى ؛ لأنَّه مَجْهُولُ النَّسَبِ ، أَقَرَّ [٢٨٥/٤ظ] بالرِّقِّ لمَن يَدَّعِيه ، فصَحَّ ، كما لو لم يُعْتِقْه المُشْتَرِى . ومتى

الإنصاف

ويَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على المُشْتَرِى . وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ؛ منهم القاضى وغيرُه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحارِثىِّ » . وقال أبو الخَطَّاب فى « الهِدايَةِ » ، والمُصَنِّفُ ، وجماعَةٌ : ويَحْتَمِلُ أنْ يَبْطُلَ العِتْقُ ، إذا صَدَّقُوه كُلُّهم . يعْنِى ، إذا اتَّفَقُوا عليه كُلُّهم ، ويعُودُ العَبْدُ إلى المُدَّعِى .

الشرح الكبير

حَكَمْنا بالحُرِّيَّةِ ، فللمالِكِ تَضْمِينُ أيِّهِما شاءَ قِيمَتَه يومَ عِتْقِه ، فإن ضَمَّنَ البائِعَ ، رَجَع على المُشْتَرِى ؛ لأنَّه أتْلَفَه ، وإن ضَمَّنَ المُشْتَرِىَ ، لم يَرْجِعْ على البائِعِ إلَّا بالثَّمَنِ ؛ لأنَّ التَّلَفَ حَصَل منه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه . وإن ماتَ العَبْدُ وخَلَّف مالًا ، فهو للمُدَّعِى ؛ لاتِّفاقِهم على أنَّه له . وإنَّما لم يُرَدَّ العَبْدُ إليه لتَعَلُّقِ حَقِّ الحُرِّيَّةِ به ، إلَّا أن يُخَلِّفَ وارِثًا فيأْخُذَه ، وليس عليه وَلاءٌ ؛ لأنَّ أحدًا لا يَدَّعِيه . وإن صَدَّقَ المُشْتَرِى البائِعَ وَحْدَه ، رَجَع عليه بقِيمَتِه ، ولم يَرْجِعِ المُشْتَرِى بالثَّمَنِ . وبَقِيَّةُ الأقْسامِ على ما نَذْكُرُ فى الفَصْلِ بعدَه .

فصل : وإن كان المُشْتَرِى لم يُعْتِقْه ، وأقامَ المُدَّعِى بَيِّنَةً بما ادَّعاه ، انْتَقَضَ البَيْعُ ، ورَجَع المُشْتَرِى على البائِعِ بالثَّمَنِ ، وكذلك إذا أقَرَّا بذلك . وإن أقَرَّ أحَدُهما ، لم يُقْبَلْ على الآخَرِ ، فإن كان المُقِرُّ البائِعَ ، لَزِمَتْه القِيمَةُ للمُدَّعِى ؛ لأنَّه حالَ بَيْنَه وبينَ مِلْكِه ، ويُقَرُّ العَبْدُ فى يَدِ المُشْتَرِى ؛ لأنَّه مِلْكُه فى الظاهِرِ ، وللبائِعِ إحْلافُه ، ثُمَّ إن كان البائِعُ لم يَقْبِضِ الثَّمَنَ ، فليس له مُطالَبَةُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّه لا يَدَّعِيه . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ مُطالَبَتَه بأقَلِّ الأمْرَيْن مِن الثَّمنِ أو قِيمَةِ العَبْدِ ؛ لأنَّه يَدَّعِى القِيمَةَ

الإنصاف

تنبيه : الضَّمانُ هنا هو ثَمَنُه . قدَّمه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » . وقيل : بل قِيمَتُه حينَ العَقْدِ . قال فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » : قلتُ : إنْ أجازَ البَيْعَ ، وقُلْنا : يصِحُّ بالإجازَةِ . فله الثَّمنُ ، وإنْ ردَّه ، فله القِيمَةُ . فعلى المذهبِ ، فى أصْلِ المَسْأَلَةِ ، لو ماتَ العَبْدُ ، وخلَّفَ مالًا ، فهو للمُدَّعِى إلَّا أنْ يُخَلِّفَ وارِثًا ، فيأْخُذَه ، وليس له عليه وَلاءٌ .

الشرح الكبير

على المُشْتَرِى ، والمُشتَرِى يُقِرُّ له بالثَّمن ، فقد اتَّفَقا على اسْتِحْقاقِ أقلِّ[1] الأَمْرَيْن ، فوَجَبَ ، ولا يَضُرُّ اخْتِلافُهُما فى السَّبَبِ بعدَ اتِّفاقِهما على حُكْمِه ، كما لو قال : لى عليك أَلْفٌ مِن ثَمَنِ مَبِيعٍ . فقال : بل أَلْفٌ مِن قَرْضٍ . وإن كان قد قَبَضَ الثَّمنَ ، فليس للمُشْتَرِى اسْتِرْجاعُه ؛ لأنه لا يَدَّعِيه . ومتى عادَ العَبْدُ إلى البائعِ بفَسْخٍ أو غيرِه ، لَزِمَه رَدُّه إلى مُدَّعِيه ، وله اسْتِرْجاعُ ما أخَذَ منه . وإن كان إقْرارُ البائعِ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، انْفَسَخَ البَيْعُ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ فَسْخَه ، فقُبِلَ إقْرارُه بما يَفْسَخُه . وإن كان المُقِرُّ المُشْتَرِىَ وَحْدَه ، لَزِمَه رَدُّ العَبْدِ[2] ، ولم يُقْبَلْ إقْرارُه على البائعِ ، ولا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ عليه بالثَّمنِ إنْ كان [٢٨٦/٤و] قَبَضَه ، وعليه دَفْعُه إليه إن لم يكُنْ قَبَضَه . فإن أقام المشترى بَيِّنَةً بما أقَرَّ به ، قُبِلَتْ ، وله الرُّجوعُ بالثَّمنِ . وإن كان البائعُ المُقِرَّ ، فأقامَ بَيِّنَةً ، فإن كان فى حالِ البَيْعِ ، قال : بِعْتُكَ عَبْدِى هذا أو مِلْكِى . لم تُقْبَلْ بَيِّنَتُه ؛ لأنَّه يُكَذِّبُها ، وإن لم يَكُنْ قال ذلك ، قُبِلَتْ ؛ لأنَّه يَبِيعُ مِلْكَه وغيرَه ، وإن أقَامَ المُدَّعِى البَيِّنَةَ ، سُمِعَتْ ، ولا تُقْبَلُ شَهادَةُ البائعِ له ؛ لأنَّه يَجُرُّ بها إلى نَفْسِه نَفْعًا . وإن أنْكَراه جَمِيعًا ، فله إحْلافُهُما . قال أحمدُ ، فى رجلٍ يَجِدُ سَرِقَتَه عندَ إنسانٍ بعَيْنِها ، قال : هو مِلْكُه ، يَأْخُذُه ، أَذْهَبُ إلى حَديثِ سَمُرَةَ ، رَضِىَ اللهُ عَنْهُ ، عن النبىِّ ﷺ : « مَنْ وَجَدَ مَتاعَهُ عِنْدَ رَجُلٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، ويَتْبَعُ

الإنصاف ....

(١) فى الأصل : « أولى » .

(٢) فى م : « العيب » .

المقنع

فَصْلٌ : وَإِنْ تَلِفَ الْمَغْصُوبُ ، ضَمِنَهُ بِمِثْلِهِ ، إِنْ كَانَ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا .

الشرح الكبير

الْمُبْتَاعُ مَنْ بَاعَهُ »[1] . رَواه هُشَيْمٌ ، عن مُوسَى بنِ السّائِبِ ، عن قَتادَةَ ، عن الحسنِ ، عن سَمُرَةَ . ومُوسَى بنُ السّائِبِ ثِقَةٌ .

فصل : قال ، رَضِيَ اللَّهُ عنه : (وإن تَلِفَ المَغْصُوبُ ، ضَمِنَه بمِثْلِه ، إن كان مَكِيلًا أو مَوْزُونًا) متى تَلِفَ المَغْصُوبُ فى يَدِ الغاصِبِ ، لَزِمَه رَدُّ بَدَلِه ؛ لقَوْلِه تعالَى : ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾[2] . ولأنَّه لما تَعَذَّرَ رَدُّ العَيْنِ ، لَزِمَه رَدُّ ما يَقُومُ مَقامَها . فإن كان المُتْلَفُ مِثْلِيًّا ؛ كالمَكِيلِ والمَوْزُونِ[3] ، وَجَب

الإنصاف

قوله : وإنْ تَلِفَ المَغْصُوبُ ، لَزِمَه مِثْلُه ، إنْ كانَ مَكِيلًا ، أَوْ مَوْزُونًا . وكذا لو أَتْلَفَه . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، سواءٌ تماثلَتْ أَجْزاؤُه ، أو تفاوَتَتْ ؛ كالأَثْمانِ ، والحُبوبِ ، والأَدْهَانِ ، وغيرِ ذلك ، وجزَم به فى « العُمْدَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « التَّسْهيلِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وحَكاه ابنُ عبدِ البَرِّ إجْماعًا فى المَأْكُولِ ، والمَشْرُوبِ . وعنه ، يَضْمَنُه بقِيمَتِه . قال الحارِثِىُّ : ذكَرَها القاضى أبو الحُسَيْنِ فى كِتابِه « التَّمامِ » ، وأبو الحَسَنِ ابنُ

---

(1) تقدم تخريجه فى ٢٥٥/١٣ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٧٦/٧ .

(2) سورة البقرة ١٩٤ .

(3) بعده فى تش ، م : « مكيلا أو موزونا » .

المقنع

وَإنْ أَعْوَزَ الْمِثْلُ ، فَعَلَيْهِ قِيمَةُ مِثْلِهِ يَوْمَ إعْوَازِهِ . وَقَالَ الْقَاضِى : يَضْمَنُهُ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ الْقَبْضِ . وَعَنْهُ ، تَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ يَوْمَ تَلَفِهِ .

الشرح الكبير

المِثْلُ ، قال ابنُ عَبْدِ البَرِّ : كُلُّ مَطْعُومٍ مِن مَأْكُولٍ أو مَشْرُوبٍ ، فمُجْمَعٌ على أنَّه يَجِبُ على مُسْتَهْلِكِه مِثْلُه لا قِيمَتُه . ولأنَّ المِثْلَ أقْرَبُ إليه مِن القِيمَةِ ، فهو مُماثِلٌ له مِن طَرِيقِ الصُّورَةِ والمُشاهَدَةِ[1] والمَعْنَى ، والقِيمَةُ مُماثِلَةٌ مِن طَرِيقِ الظَّنِّ والاجْتِهادِ ، فقُدِّمَ ما طَرِيقُه المُشاهَدَةُ ، كالنَّصِّ ، لمَّا كان طَرِيقُه الإدْراكَ بالسَّماعِ كان أوْلَى مِن القِياسِ ؛ لأنَّ طَرِيقَه الظَّنُّ والاجْتِهادُ .

٢٣٥١ – مسألة : (وإن أعوزَ المِثْلُ ، فعليه قِيمَةُ مِثْلِه يومَ إعْوازِه . وقال القاضى) : تَجِبُ قِيمَتُه يومَ قَبْضِ البَدَلِ ؛ لأنَّ الواجِبَ المِثْلُ إلى

الإنصاف

بَكْروسٍ فى « رُءوسِ المَسائلِ » ، وذكَرَه القاضى أيضًا . وذكَرَ أيضًا أخْذَ القِيمَةِ فى نُقْرَةٍ[2] ، وسَبِيكَةٍ للأثْمانِ ، وعِنَبٍ ، ورُطَبٍ ، وكُمَّثْرَى . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : ويَحْتَمِلُ أنْ يضْمَنَ النُّقْرَةَ بقِيمَتِها .

تنبيه : مَحَلُّ هذا إذا كان باقِيًا على أصْلِه ، فأمَّا مُباحُ الصِّناعَةِ ؛ كمَعْمُولِ الحديدِ ، والنُّحاسِ ، والرَّصاصِ ، والصُّوفِ ، والشَّعَرِ المَغْزولِ ، ونحوِ ذلك ، فإنَّه يُضْمَنُ بقِيمَتِه ؛ لأنَّه خرَجَ عن أصْلِه . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم .

قوله : وإنْ أعْوزَ المِثْلُ ، فعليه قِيمَةُ مثْلِه يَوْمَ إعْوازِه . هذا المذهبُ ، وعليه

---

(١) زيادة من : م .
(٢) النقرة : القطعة المذابة من الذهب والفضة .

الشرح الكبير

حين قَبْضِ البَدَلِ ، بدَلِيلِ أنَّه لو وُجِدَ المِثْلُ بعدَ إعْوازِه ، لكان الواجِبُ هو دونَ القِيمَةِ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، وأكْثَرُ أصحابِ الشافعيِّ : تَجبُ قِيمَتُه يومَ المُحاكَمَةِ ؛ لأنَّ القِيمَةَ لم تَنْتَقِلْ إلى ذِمَّتِه إلَّا حينَ حكَم بها الحاكِمُ . ولَنا ، [٢٨٦/٤ظ] أنَّ القِيمَةَ وَجَبَتْ فى الذِّمَّةِ حينَ انْقِطاعِ المِثْلِ ، فاعْتُبِرَتِ القِيمَةُ حِينَئِذٍ ، كتَلَفِ المُتَقَوَّمِ ، ودَلِيلُ وُجُوبِها حينئِذٍ أنَّه يَسْتَحِقُّ طَلَبَها واسْتِيفاءَها[1] ، ويَجِبُ على الغاصِبِ أداؤُها ، ولا يَنْفِى وُجُوبَ المِثْلِ ؛ لأنَّه مَعْجُوزٌ عنه ، والتَّكْلِيفُ يَسْتَدْعِى الوُسْعَ ، ولأنَّه لا يَسْتَحِقُّ طَلَبَ المِثْلِ ولا اسْتِيفاءَه ، ولا يَجِبُ على الآخَرِ أداؤُه ، فلم

الإنصاف

جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « ناظِمِ المُفْرَداتِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وهو مِن مُفْرداتِ المذهبِ . وقال القاضى فى « الخِصالِ » : يَضْمَنُه بقِيمَتِه يومَ القَبْضِ . يعْنِى يومَ قَبْضِ البَدَلِ . قال فى « التَّلْخيصِ » : وذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ . قال الحارِثِىُّ : اختارَه ابنُ عَقِيلٍ . وعنه ، تَلْزَمُه قِيمَتُه يَوْمَ تَلَفِه . وقيل : أكْثَرُهما . يعْنِى أكْثَرَ القِيمَتَيْن ؛ قِيمَتُه يَوْمَ البَدَلِ ، وقِيمَتُه يومَ التَّلَفِ . وعنه ، يَوْمَ المُحاكَمَةِ . وعنه ، يَلْزَمُه قِيمَتُه يومَ غَصْبِه . وقيل : يَلْزَمُه أكثرُ القِيمتَيْن ؛ قِيمَتُه يومَ الإعْوازِ ، وقِيمَتُه يومَ الغَصْبِ . وهو تَخْريجٌ فى « الهِدايَةِ » وغيرِها .

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

يَكُنْ واجِبًا ، كحالَةِ المُحاكَمَةِ . وأمَّا إذا قَدَر على المِثْلِ بعدَ فَقْدِه ، فإنَّه يَعُودُ وُجُوبُه ؛ لأنَّه الأصْلُ قَدَر عليه قبلَ أداءِ البَدَلِ ، فأشْبَهَ القُدْرَةَ على الماءِ بعدَ التَّيَمُّمِ ، وهذا لو قَدَر عليه بعدَ المُحاكَمَةِ وقبلَ الاسْتِيفاءِ ، اسْتَحَقَّ المالِكُ طَلَبَه وأخْذَه (وعنه ، تَلْزَمُه قِيمَتُه يومَ تَلَفِه) لأنَّ القِيمَةَ إنَّما ثَبَتَتْ فى الذِّمَّةِ حينَ التَّلَفِ ؛ لأنَّه قبلَ التَّلَفِ يَجِبُ رَدُّه ، فإذا تَلِفَ وَجَبَتْ قِيمَتُه (1) فى الذِّمَّةِ حِينَئِذٍ وكان الواجِبُ قِيمَتَه يومَ ثَبَت فى الذِّمَّةِ ، ولأنَّه مَضْمُونٌ بالقِيمَةِ فوَجَبَتْ قِيمَتُه (1) يومَ تَلَفِه ، كغَيْرِ المِثْلِىِّ .

الإنصاف

فوائد ؛ إحْداها ، إنْ قَدَرَ على المِثْلِ قبلَ أخْذِ القِيمَةِ ، وَجَبَ ردُّ المِثْلِ . قالَه الأصحابُ . وقال [١٩٦/٢ ظ] فى « القاعِدَةِ السَّادِسَةَ عَشْرَةَ » : يَنْبَغِى أنْ يُحْمَلَ كلامُهم على ما إذا قَدَرَ على المِثْلِ عندَ الإتْلافِ ، ثم عَدِمَه . أمَّا إنْ عَدِمَه ابْتِداءً ، فلا يَبْعُدُ أن يُخَرَّجَ فى وُجوبِ أداءِ المِثْلِ خِلافٌ . انتهى . وإنْ كان بعدَ أخْذِها ، أجْزَأَتْ ، ولا يَلْزَمُه ردُّها ، وأخْذُ المِثْلِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : لم يَرُدَّ القِيمَةَ فى الأصحِّ . قال فى « التَّلْخيصِ » : لم يَرُدَّ القِيمَةَ على الأظْهَرِ . وجزَم به فى « الفائقِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقيل : يرُدُّه ، ويأْخُذ المِثْلَ . الثَّانيةُ ، الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ المِثْلِىَّ هو المَكِيلُ والمَوزُونُ . قال الحارِثِىُّ : المذهبُ أنَّه كالمَكيلِ والمَوْزونِ . كذلك نصَّ عليه ، مِن رِوايَةِ إبْراهِيمَ بن هانِئٍ ، وحَرْبِ بنِ إسْماعِيلَ . وتقدَّم كلامُ القاضى ، فى السَّبيكَةِ ، ونحوِها . وقال فى « المُجَرَّدِ » : الحَطَبُ ، والخَشَبُ ،

(1 - 1) سقط من : تش ، م .

المقنع وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا ، ضَمِنَهُ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ تَلَفِهِ فِى بَلَدِهِ مِنْ نَقْدِهِ .

الشرح الكبير **٢٣٥٢ –** مسألة : (وإن لم يَكُنْ مِثْلِيًّا ، ضَمِنَه [١] بقِيمَتِه يومَ تَلَفِه فى بَلَدِه مِن نَقْدِه) لِما رَوَى عبدُ اللهِ بنُ عمرَ ، رضى اللهُ عنهما ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِى عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةُ العِدْلِ » . مُتَّفَقٌ [١]

الإنصاف والحديدُ ، والنُّحاسُ ، والرَّصاصُ ، ليس مِثْلِيًّا ؛ لأنَّه [٢] يَخْتَلِفُ . قال الحارِثِىُّ : وعُمومُ نصِّ أحمدَ على خِلافِه ، وهو الصَّحيحُ . انتهى . وذكَر فى « المُسْتَوْعِبِ » ، أنَّ كلَّ ما لا يُضْبَطُ بالصِّفَةِ ؛ كالرِّبَوِيَّاتِ ، والأشْرِبَةِ ، والغالِيَةِ [٣] ، غيرُ مِثْلِىٍّ ؛ لاخْتِلافِه باخْتِلافِ المُرَكَّباتِ والتَّرْكيبِ . قال الحارِثِىُّ : والصَّوابُ إدْراجُه فى المَنْصُوصِ ؛ لأنَّه مَوْزونٌ . وقال الحارِثِىُّ أيضًا : ولَعَمْرِى ، إنَّ اعتِبارَ المِثْلِىِّ بكلِّ ما يَثْبُتُ فى الذِّمَّةِ حسَنٌ ، والتَّشابُهُ فى غيرِ المَكيلِ والمَوْزونِ مُمْكِنٌ ، فلا مانِعَ منه ، وكذلك ما انْقَسَم بالأجْزاءِ بينَ الشَّرِيكَيْن مِن غيرِ تَقْويمٍ ، مُضافًا إلى هذا النَّوْعِ ؛ لوُجودِ التَّماثُلِ ، وانْتِفاءِ التَّخالُفِ . انتهى .
الثَّالثةُ ، الدَّراهِمُ المَغْشُوشَةُ الرَّائِجَةُ مِثْلِيَّةٌ ؛ لِتَماثُلِها عُرْفًا ، ولأنَّ أَخْلاطَها غيرُ مَقْصُودَةٍ . قالَه الحارِثِىُّ .

قوله : وإنْ لم يَكُنْ مِثْلِيًّا ، ضَمِنَه بقِيمَتِه . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . قال الحارِثِىُّ : هو قَوْلُ الأكْثَرِين . وقد نصَّ عليه فى الأمَةِ مِن رِوايَةِ صالحٍ ، وحَنْبَلٍ ، ومُوسى بنِ سَعِيدٍ ، ومحمدِ بنِ يَحْيى

(١ – ١) سقط من : تش ، م .

(٢) فى الأصل ، ا : « لا » .

(٣) الغالية : أخلاط من الطيب كالمسك والعنبر .

الشرح الكبير

(١عليه(٢) . فأمَرَ بالتَّقْويمِ في حِصَّةِ الشَّريكِ ؛ لأنَّها مُتْلَفَةٌ بالعِتْقِ ، ولم يَأْمُرْ بالمِثْلِ . ولأنَّ هذه الأشياءَ لا تَتَساوَى أجْزاؤُها ، وتَخْتَلِفُ صِفاتُها ، فالقِيمَةُ فيها أعْدَلُ وأقْرَبُ إليها فكانت أوْلَى١) . في قولِ الجماعَةِ . وحُكِيَ عن العَنْبَرِيِّ : يَجِبُ في كلِّ شيءٍ مِثْلُه ؛ لِما رَوَتْ جَسْرَةُ بنتُ دَجاجَةَ ، عن عائشةَ ، رَضِيَ اللهُ عنها ، أنَّها قالت : ما رَأَيْتُ صانِعًا مثلَ حَفْصَةَ ، صَنَعَتْ طَعامًا فَبَعَثَتْ به إلى رسولِ اللهِ ﷺ ، فأَخَذَنِي الأَفْكَلُ(٣) فكَسَرْتُ الإناءَ ، فقُلْتُ : يا رسولَ اللهِ ، ما كَفَّارَةُ ما صَنَعْتُ ؟ فقال :

الإنصاف

الكَحَّالِ ، وفي الدَّابَّةِ مِن رِوايَةِ مُهَنَّا ، وفي الثِّيابِ مِن رِوايَةِ الكَحَّالِ أيضًا ، وابنِ مُشَيْشٍ ، ومُهَنَّا . وعنه في الثَّوْبِ والعَصَا والقَصْعَةِ ، ونحوِها ، يَضْمَنُها بالمِثْلِ ، مُراعِيًا للقِيمَةِ . اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وصاحِبُ « الفائقِ » . قال في رِوايَةِ مُوسى بنِ سعيدٍ : المِثْلُ في العَصا ، والقَصْعَةِ إذا كُسِرَ ، وفي الثَّوْبِ ، وصاحِبُ الثَّوْبِ مُخَيَّرٌ ؛ إنْ شاءَ شقَّ الثَّوْبَ ، وإنْ شاءَ مِثْلَه . قال المُصَنِّفُ :

(١ - ١) سقط من : تش ، م .

(٢) أخرجه البخارى ، في : باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة العدل ، وباب الشركة في الرقيق ، من كتاب الشركة ، وفي : باب إذا أعتق عبدًا بين اثنين ، وباب إذا أعتق نصيبا في عبد ... ، من كتاب العتق . صحيح البخارى ٣ / ١٨٢ ، ١٨٤ ، ١٨٥ ، ١٨٩ ، ١٩٠ . ومسلم ، في : أول كتاب العتق ، وفي : باب من أعتق شركا له في عبد ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٢ / ١١٣٩ ، ١١٤٠ ، ٣ / ١٢٨٦ ، ١٢٨٧ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في من أعتق نصيبا له من مملوك ، وباب من ذكر السعاية في هذا الحديث ، وباب في من روى أنه لا يستسعى ، من كتاب العتاق . سنن أبي داود ٢ / ٣٤٨ - ٣٥٠ . والترمذى ، في : باب ما جاء في العبد يكون بين الرجلين فيعتق أحدهما نصيبه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ٩٢ - ٩٤ . والنسائى ، في : باب الشركة بغير مال ، وباب الشركة في الرقيق ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٨٠ ، ٢٨١ . وابن ماجه ، في : باب من أعتق شركا له في عبد ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٤٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٢ ، ١٥ ، ٤ / ٣٧ .

(٣) الأفكل : الرعدة .

الشرح الكبير

« إِنَاءٌ مِثْلُ الإِنَاءِ ، وَطَعَامٌ مِثْلُ الطَّعَامِ » . رَواه أبو داودَ[1] . وعن أَنسٍ ، أَنَّ إِحْدَى نِسَاءِ النبيِّ ﷺ كَسَرَتْ قَصْعَةَ الأُخْرَى ، فدَفَعَ النبيُّ ﷺ قَصْعَةَ الكَاسِرَةِ إلى رسولِ صاحِبَةِ المَكْسُورَةِ [٤/٢٨٧و] وحَبَسَ المَكْسُورَةَ فى بَيْتِه ، رَواه التِّرْمِذِىُّ بنَحْوِه[2] . وقال : حَسَنٌ صَحِيحٌ . [3]ولَنا ، حديثُ عبدِ اللهِ بنِ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، فى العِتْقِ ، وما ذَكَرْنا مِن المَعْنَى فى الحديثِ مَحْمُولٌ على أنَّه جَوَّزَ ذلك بالتَّراضِى وعَلِم أَنَّها تَرْضَى به[3] . ويكونُ ذلك يومَ تَلَفِه ؛ لِما ذَكَرنا . ويكُونُ فى بَلَدِه

الإنصاف

مَعْناه ، واللهُ أعلمُ ؛ إنْ شاءَ أخذ أَرْشَ الشَّقِّ . قال الحارِثِىُّ : وفيه نظَرٌ ؛ فقد قال فى رِوايَةِ الشَّالَنْجِىِّ : يَلْزَمُه المِثْلُ فى العَصا ، والقَصْعَةِ ، والثَّوْبِ . قلتُ : فلو كان الشَّقُّ قليلًا ؟ قال : صاحِبُ الثَّوْبِ بالخِيارِ ؛ قليلًا كان أو كثيرًا ، وذكَر ذلك فى « الفائقِ » وغيرِه . وقال فى « الفُروعِ » وعنه ، يضْمَنُه بمِثْلِه . [4]ذكَرَها ابنُ أبِى مُوسى ، واخْتارَها شيْخُنا . قال فى « الاخْتِياراتِ » : وهو المذهبُ عندَ ابنِ أبِى مُوسى . قال الحارِثِىُّ : هو المذهبُ عندَ ابنِ أبِى مُوسى ، واخْتارَه ، وذكَر لَفْظَه فى « الإِرْشادِ » . قال الحارِثِىُّ : وهو الحقُّ . وعنه ، يَضْمَنُه بمِثْلِه[4] . وعنه ،

(١) فى : باب فى من أفسد شيئا يغرم مثله ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٦٧ .
كما أخرجه النسائى ، فى : باب الغيرة ، من كتاب عشرة النساء . المجتبى ٧ / ٦٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ١٤٨ ، ٢٧٧ .

(٢) فى : باب فى من يكسر له الشىء ما يحكم له من مال الكاسر ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١١٣ . كما أخرجه البخارى ، فى : باب إذا كسر قصعة أو شيئًا لغيره ، من كتاب المظالم . صحيح البخارى ٣/١٧٩ . وأبو داود ، فى : باب فى من أفسد شيئا يغرم مثله ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٧ .

(٣ - ٣) سقط من : تش ، م .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

المقنع

وَيَتخرَّجُ أَنْ يَضْمَنَهُ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ غَصَبَهُ .

الشرح الكبير

مِن نَقْدِه ؛ لأنَّه مَوْضِعُ الضَّمانِ ، يَعْنِى يَضْمَنُه فى البَلَدِ الذى غَصَبَه فيه مِن نَقْدِه (ويَتَخَرَّجُ أن يَضْمَنَه بقِيمَتِه يومَ غَصَبَه) وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ . ورُوِىَ عن أحمدَ ؛ لأنَّه فَوَّتَه عليه بغَصْبِه ، فكان عليه قِيمَةُ ما فَوَّتَ عليه حينَ فَوَّتَه . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، فى رجلٍ أخَذَ مِن رجلٍ أَرْطالًا مِن كذا وكذا : أعْطاه على السِّعْرِ يومَ أخَذَه لا يومَ مُحاسَبَتِه . وكذلك[1] رُوِىَ عنه فى حوائجِ البَقّالِ : عليه القيمةُ يومَ الأَخْذِ . وهذا يَدُلُّ على أنَّ القيمةَ تُعْتَبَرُ يومَ الغَصْبِ ، والأوَّلُ أوْلَى . قال شيخُنا[2] : ويُمْكِنُ التَّفْرِيقُ بينَ هذا وبينَ الغَصْبِ مِن قِبَلِ أنَّ ما أخَذَه هـٰهُنا بإذْنِ مالِكِه مَلَكَه وحَلَّ له التَّصَرُّفُ فيه ، فثَبَتَتْ قِيمَتُه يومَ مَلَكَه ، ولم يَتَغَيَّرْ[3] ما ثَبَت فى

الإنصاف

يضْمَنُه[4] فى غيرِ الحَيوانِ بمِثْلِه . ذكَرَه جماعةٌ . وذكَر فى « الواضِحِ » ، و « المُوجَزِ » ، أنَّه ينْقُصُ عنه عَشَرَةُ دَراهِمَ . وذكَر فى « الانْتِصارِ » ، و « المُفْرَداتِ » ، لو حكَم حاكِمٌ بغيرِ المِثْلِ فى المِثْلِيِّ ، وبغيرِ القِيمَةِ فى المُتقَوَّمِ ، لم ينْفُذْ حُكْمُه ، ولم يَلْزَمْه قَبُولُه . ونقلَ ابنُ مَنْصُورٍ ، فى مَن كسَر خَلْخَالًا ، أنَّه يُصْلِحُه .

قوله : ضَمِنَه بقِيمَتِه يَوْمَ تَلَفِه فى بَلَدِه مِن نَقْدِه . وهذا المذهبُ . نقلَه الجماعَةُ عن أحمدَ . قال الحارِثِيُّ : وهو الصَّحيحُ والمَشْهورُ . وقال الزَّرْكَشِيُّ : هذا

(١) فى تش ، م : « ولذلك » .

(٢) فى : المغنى ٧/٤٠٥ .

(٣) فى تش ، م : « يعتبر » .

(٤) فى الأصل ، ط : « يجوز » . انظر : الفروع ٤/٥٠٧ .

الشرح الكبير

ذِمَّتِه بتَغَيُّرِ قِيمَةِ ما أخَذَه ؛ لأنَّه مِلْكُه ، والمَغْصُوبُ مِلْكُ المَغْصُوبِ منه ، والواجِبُ رَدُّه لا قِيمَتُه ، وإنَّما تَثْبُتُ قِيمَتُه فى الذِّمَّةِ يومَ تلَفِه أو انْقِطاعِ مِثْلِه ، فاعْتُبِرَتِ القِيمَةُ حِينَئِذٍ ، وتَغَيَّرَتْ بتَغَيُّرِه قبلَ ذلك ، فأمَّا إن كان المَغْصُوبُ باقِيًا وتَعَذَّرَ رَدُّه ، فأوْجَبْنا رَدَّ قِيمَتِه ، فإنَّه يُطالِبُه بها يومَ قَبْضِها ؛ لأنَّ القِيمَةَ لم تَثْبُتْ فى الذِّمَّةِ قبلَ ذلك ، ولهذا يَتَخَيَّرُ بينَ أخْذِها والمُطالَبَةِ بها ، وبينَ الصَّبْرِ إلى وَقْتِ إمْكانِ الرَّدِّ ومُطالَبَةِ الغاصِبِ بالسَّعْىِ فى رَدِّهِ ، وإنَّما يَأْخُذُ القِيمَةَ لأجْلِ الحَيْلُولَةِ بينَه وبينَه ، فيُعْتَبَرُ ما يَقُومُ مَقامَه ؛ لأنَّ مِلْكَه لم يَزُلْ عنه بخِلافِ غيرِه .

الإنصاف

المَشْهورُ والمُخْتارُ عندَ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « نَظْمِ المُفْرَداتِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، وغيرِهم . ويتَخرَّجُ أنْ يَضْمَنَه بقِيمَتِه يومَ غَصْبِه . وهو رِوايَةٌ عن أحمدَ . قال الحارِثِىُّ : أوْرَدَ المُصَنِّفُ ، وأبو الخَطَّابِ هذا التَّخْريجَ مِن قَوْلِ أحمدَ ، فى حَوائجِ البَقَّالِ ؛ يُعْطِيه على سِعْرِ يومِ أخَذَ . وفرَّق بينَهما بأنَّ الحَوائجَ يَمْلِكُها الآخِذُ بأخْذِها ، بخِلافِ المَغْصُوبِ . انتهى . وعنه ، أكْثَرُهما ، يعْنِى أكْثَرَ القِيمَتَيْن ؛ قيمتُه يَوْمَ تلَفِه ، ويَوْمَ غَصْبِه . قال الحارِثِىُّ : ومِنَ الأصحابِ مَن حكَى رِوايَةً بوُجوبِ أقْصَى القِيَمِ ؛ مِن يَوْمِ الغَصْبِ إلى يومِ التَّلَفِ . ونُسِبَ إلى الخِرَقِىِّ مِن قَوْلِه : ولو غصَبَها حامِلًا ، فوَلَدَتْ فى يَدِه ، ثم ماتَ الوَلَدُ ، أخَذَها سيِّدُها ، وقِيمَةَ وَلَدِها أكْثَرَ ما كانتْ قِيمَتُه . وهو اخْتِيارُ السَّامَرِّىِّ . قال القاضى فى « الرِّوايتَيْن » : وما وَجَدْتُ رِوايَةً

الشرح الكبير

فصل : وقد ذَكَرْنا أنَّ ما تَتَماثَلُ أَجزاؤُه وتَتَقارَبُ ؛ كالأَثْمانِ والحُبُوبِ والأَدْهانِ ، يُضْمَنُ بمِثْلِه . وهذا لا خِلافَ فيه . فأمّا سائِرُ المَكِيلِ والمَوْزُونِ ، فظاهِرُ [٢٨٧/٤ظ] كَلامِ أحمدَ ، أنَّه يَضْمَنُه بمِثْلِه أيضًا ، فإنَّه قال فى رِوايَةِ حَرْبٍ : ما كان مِن الدَّراهِمِ والدَّنانِيرِ ، وما يُكالُ ويُوزَنُ . فظاهِرُه وُجُوبُ المِثْلِ فى كلِّ مَكِيلٍ ومَوْزُونٍ ، إلَّا أن يكونَ مِمّا فيه صِناعَةٌ مُباحَةٌ ، كمَعْمُولِ الحَدِيدِ ، والنُّحاسِ ، والرَّصاصِ ، والصُّوفِ ، والشَّعَرِ المَغْزُولِ ، فإنَّه يُضْمَنُ بقِيمَتِه ؛ لأنَّ الصِّناعَةَ تُؤَثِّرُ فى قِيمَتِه ، وهى مُخْتَلِفَةٌ ، فالقِيمَةُ فيه أَحْصَرُ ، فأشْبَهَ غيرَ المَكِيلِ والمَوْزُونِ . وذَكَرَ القاضى أنَّ النُّقْرَةَ والسَّبِيكَةَ مِن الأثْمانِ ، والعِنَبَ ، والرُّطَبَ ، والكُمَّثْرَى ، إنَّما يُضْمَنُ بقِيمَتِه . وظاهِرُ كَلامِ أحمدَ يَدُلُّ على ما قُلْنا . وإنَّما خَرَج منه ما فيه الصِّناعَةُ ؛ لِما ذَكَرْنا . ويَحْتَمِلُ أن تُضْمَنَ النُّقْرَةُ بقِيمَتِها ؛ لتَعَذُّرِ وُجُودِ مِثْلِها إلَّا بكَسْرِ النُّقُودِ المَضْرُوبَةِ وسَبْكِها ، وفيه إتْلافٌ .

الإنصاف

بما قال الخِرَقِىُّ ، وهو عندِى غيرُ مُنافٍ للأَوَّلِ ؛ فإنَّ قِيمَةَ الوَلَدِ بعدَ الوِلادَةِ تتزايَدُ بتزايُدِ تَرْبِيَتِه ؛ فيَكونُ يومَ مَوْتِه أكثَرَ ما كانتْ ، وعلى هذا يتَعَيَّنُ حَمْلُ ما قال ؛ لأنَّه المَعْروفُ مِن نصِّ أحمدَ ، وما عَداه مِن ذلك لا يُعْرَفُ مِن نصِّه . انتهى .

فائدة : حُكْمُ المَقْبُوضِ بعَقْدٍ فاسِدٍ ، وما جَرَى مَجْراه ، حُكْمُ المَغْصُوبِ فى اعْتِبارِ الضَّمانِ بيَوْمِ التَّلَفِ ، وكذا المُتْلَفُ بلا غَصْبٍ ، بغيرِ خِلافٍ . قالَه الحارِثِىُّ . وتقدَّمَتِ الإحالَةُ على هذا المَكانِ [١٩٧/٢ و] فى آواخِرِ خِيارِ البَيْعِ .

وقولُه : فى بَلَدِه . هو الصَّحِيحُ مِنَ المذهبِ . أى فى بَلَدِ غَصْبِه . جزَم به فى

الشرح الكبير

فصل : وقد قال الخِرَقِيُّ فى مَن غَصَب جارِيَةً حامِلًا فوَلَدَتْ فى يَدَيْه ، ثم ماتَ الوَلَدُ : أخَذَها سَيِّدُها وقِيمَةَ وَلَدِها أكْثَرَ ما كانت قِيمَتُه . فحَمَلَ القاضِى قولَ الخِرَقِيِّ على ما إذا اخْتَلَفَتِ القِيمَةُ لتَغَيُّرِ الأسْعارِ . وهو مَذْهَبُ الشافعيِّ . فعلى هذا ، إذا تَلِف المَغْصُوبُ ، لَزِم الغاصِبَ قِيمَتُه أكْثَرَ ما كانت مِن يومِ الغَصْبِ إلى يومِ التَّلَفِ ؛ لأنَّ أكْثَرَ القِيمَتَيْن فيه للمَغْصُوبِ منه ، فإذا تَعَذَّرَ رَدُّها ، ضَمِنَه ، كقِيمَتِه يومَ التَّلَفِ ، وإنَّما سَقَطَتِ القِيمَةُ مع رَدِّ العَيْنِ . والمَذْهَبُ أنَّ زِيادَةَ القِيمَةِ بتَغَيُّرِ الأسْعارِ غيرُ مَضْمُونَةٍ على الغاصِبِ ، وقد ذَكَرْنا ذلك . وعلى هذا ، فكَلامُ الخِرَقِيِّ محمولٌ على ما إذا اخْتَلَفَتِ القِيمَةُ لمَعْنًى فى المَغْصُوبِ ، مِن كِبَرٍ ، وصِغَرٍ ، وسِمَنٍ ، وهُزَالٍ ، ونِسْيانٍ ، ونحوِ ذلك ، فالواجِبُ القِيمَةُ أكْثَرَ ما كانت ؛ لأنَّها مَغْصُوبَةٌ فى الحالِ التى زادَتْ فيها ، والزِّيادَةُ لمالِكِها مَضْمُونَةٌ على الغاصِبِ على ما قَدَّرْناه ، بدَلِيلِ أنَّه لو رَدَّ العَيْنَ ناقِصَةً ، لَزِمَه أَرْشُ نَقْصِها وهو

الإنصاف

« الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّلْخِيصِ » ، و « الفائقِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وعنه ، تُعْتَبرُ القِيمَةُ مِن نَقْدِ البَلَدِ الذى تَلِفَ فيه ؛ لأنَّه مَوْضِعُ ضَمانِه . جزَم به فى « الكافِى » . قال الحارِثِىُّ عن القَوْلِ الأوَّلِ : كذا قال أبو الخَطَّابِ ، ومَن تابعَه . وعَلَّلَ بأنَّه مَحَلُّ الضَّمانِ ، فاخْتَصَّ به دُونَ غيرِه . قال : وفى هذا نَظَرٌ ؛ فإنَّه إنَّما يتَمَشَّى على اعْتِبارِ الضَّمانِ بيَوْمِ الغَصْبِ ، لأنَّه إذَنْ مَحِلُّ الضَّمانِ ، أمَّا على اعْتِبارِه بيَوْمِ التَّلَفِ ، كما هو الصَّحيحُ ، فالاعْتِبارُ إذَنْ إنَّما هو بمَحِلِّ التَّلفِ ؛ لأنَّه مَحِلُّ الضَّمانِ ، حيثُ وُجِدَ

الشرح الكبير

بَدَلُ الزِّيادَةِ . فإذا ضَمِنَ الزِّيادَةَ مع رَدِّها[1] ، ضَمِنَها عندَ تَلَفِها ، بخِلافِ زِيادَةِ القِيمَةِ لتَغَيُّرِ [٢٨٨/٤و] الأَسْعارِ ، فإنَّها لا تُضْمَنُ مع رَدِّها ، فكذلك مع تَلَفِها . وقولُهم : إنَّها إنَّما سَقَطَتْ مع رَدِّ العَيْنِ . لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّها لو وَجَبَتْ ما سَقَطَتْ بالرَّدِّ ، كزِيادَةِ السِّمَنِ . قال القاضِى : و لم أَجِدْ عن أحمدَ رِوايَةً بأَنَّها تُضْمَنُ بأَكْثَرِ القِيمَتَيْن لتَغَيُّرِ الأَسْعارِ . فعلى هذا ، تُضْمَنُ بقِيمَتِها يومَ التَّلَفِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، أَنَّها تُضْمَنُ بقِيمَتِها يومَ الغَصْبِ ، إِلَّا أَنَّ الخَلَّالَ قال : جَبُنَ أحمدُ عنه . كأَنَّه رَجَع إلى القَولِ الأَوَّلِ ، وقد ذَكَرْناه .

الإنصاف

سببُه فيه ، فوَجَبَ الاعْتِبارُ به . وقد أشارَ صاحِبُ « التَّلْخيصِ » إلى ما قُلْنا ؛ فإنَّه قال : لو غُصِبَ فى بَلَدٍ ، وتَلِفَ فى بَلَدٍ آخَرَ ، ولَقِيَه فى ثالثٍ ، كان له المُطالَبَةُ بقِيمَةِ أىِّ البَلَدَيْن شاءَ ؛ مِن بَلَدِ الغَصْبِ والتَّلَفِ ، إلَّا أنْ نقولَ : الاعْتِبارُ بيَوْمِ القَبْضِ . فيُطالَبَ بالقِيمَةِ فى بَلَدِ الغَصْبِ . انتهى . قلتُ : قد صرَّح فى « التَّلْخيصِ » ، بأَنَّه تُعْتَبرُ القِيمَةُ فى بَلَدِ الغَصْبِ ، فى هذا المَحَلِّ مِن « كِتابِه » ، فقال : وتُعْتَبرُ القِيمَةُ فى بَلَدِ الغَصْبِ . وعلى كِلا القَوْلَيْن ؛ إنْ كان فى البَلَدِ نَقْدٌ ، أخَذ منه ، وإنْ كان فيه نُقودٌ ، أخَذ مِن غالِبِها . صرَّح به الأصحابُ ، إلَّا أنْ يكونَ مِن جِنْسِ المَغْصُوبِ ؛ مِثْلَ المَصُوغِ ، ونحوِه ، على ما يأْتِى .

فوائد؛ الأُولَى ، لو نُسِجَ غَزْلًا ، أو عُجِنَ دَقِيقًا ، فقيلَ : حُكْمُه كذلك . جزَم به فى « الفائقِ » . وقيل : حُكْمُه كذلك ، أوِ القِيمَةُ . قال فى « التَّلْخيصِ » : وهو أوْلَى عنْدِى . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . الثَّانيةُ ، لا قِصاصَ فى المالِ ؛ مِثْلَ

---

(١) سقط من : تش ، وفى م : « بقائها » .

المقنع فَإِنْ كَانَ مَصُوغًا أَوْ تِبْرًا تُخَالِفُ قِيمَتُهُ وَزْنَهُ ، قَوَّمَهُ بِغَيْرِ جِنْسِهِ .

الشرح الكبير **٢٣٥٣** – مسألة : (فإن كان مَصُوغًا أو تِبْرًا تُخالِفُ قِيمَتُه وَزْنَه ، قَوَّمَه بغَيْرِ جِنْسِه) متى كان المُصَاغُ تَزِيدُ قِيمَتُه على وَزْنِه أو تَنْقُصُ ، والصِّناعَةُ مُباحَةٌ ، كحَلْىِ النِّساءِ ، وَجَب ضَمانُه بقِيمَتِه ، لكن يُقَوِّمُه بغيرِ

الإنصاف شَقِّ ثَوْبه ، ونحوِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . ونقَل إسْماعِيلُ ، ومُوسى بنُ سَعِيدٍ ، والشَّالَنْجِىُّ ، وغيرُهم ، أنَّه مُخَيَّرٌ فى ذلك . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، وصاحِبُ « الفائقِ » ، وابنُ أبى مُوسى ، وتقدَّم النَّقْلُ فى ذلك قريبًا ، فى قَوْلِه : وإنْ لم يَكُنْ مِثْلِيًّا . ويأْتِى : هل يقْتَصُّ مِنَ اللَّطْمَةِ ، ونحوِها ؟ فى بابِ ما يُوجِبُ القِصاصَ . الثَّالثةُ ، لو غصَبَ جماعَةٌ مُشاعًا ، فرَدَّ واحِدٌ منهم سَهْمَ واحِدٍ إليه ، لم يَجُزْ له ؛ حتى يُعْطِىَ شُرَكاءَه . نصَّ عليه . وكذا لو صالَحُوه عنه بمالٍ . نقَلَه حَرْبٌ . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ أنَّه بَيْعُ المُشاعِ . الرَّابعةُ ، لو زكَّاه رَبُّه ، رجَع بها . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال : وظاهِرُ كلامِ أبِى المَعالِى ، لا يَرْجِعُ . قال فى « الفُروعِ » : وهو أظْهَرُ . واخْتارَ صاحِبُ « الرِّعايةِ » ، أنَّه كمَنْفَعَةٍ .

قوله : فإنْ كانَ مَصُوغًا أو تِبْرًا تُخالِفُ قِيمَتُه وَزْنَه ، قَوَّمَه بغيرِ جِنْسِه . هذا المذهبُ . قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْمِ » : قوَّمَه بغيرِ جِنْسِه ، فى الأصحِّ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وقال : قالَه الشَّيْخُ وغيرُه . قال الحارِثِىُّ : هذا المَشْهورُ . وقال القاضى : يجُوزُ تَقْوِيمُه بجِنْسِه . واخْتارَه فى « الفائقِ » . قال الحارِثِىُّ : وهو قَوْلُ القاضى ، وابنِ

الشرح الكبير

جِنْسِه ، فيُقَوِّمُ الذَّهَبَ بالفِضَّةِ ، والفِضَّةَ بالذَّهَبِ ؛ لِئَلَّا يُفْضِىَ ذلك إلى الرِّبَا . وقال القاضى : يَجُوزُ تَقْوِيمُه بجِنْسِه ؛ لأَنَّ ذلك قِيمَتُه ، والصَّنْعَةُ لها قِيمَةٌ ، بدَلِيلِ أَنَّه لو اسْتَأْجَرَه لِعَمَلِها جازَ ، ولو كَسَرَ الحَلْىَ وَجَب عليه أَرْشُ ذلك ، ويُخالِفُ البَيْعَ ؛ لأَنَّ الصَّنْعةَ لا يُقابِلُها العِوَضُ فى العُقُودِ ، ويُقابِلُها فى الإِتْلافِ ، أَلا تَرَى أَنَّها لا تَنْفَرِدُ بالعَقْدِ وتَنْفَرِدُ بضَمانِها فى الإِتْلافِ . قال بعضُ أصحابِ الشافعىِّ : هذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . وذَكَر بعضُهم مثلَ القَوْلِ الأَوّلِ ، وهو الذى ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ ؛ لأَنَّ القِيمَةَ مَأْخُوذَةٌ على سَبِيلِ العِوَضِ ، فالزِّيادَةُ رِبًا ، كالبَيْعِ وكالنَّقْصِ . وقد قال أحمدُ ، فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ : إذا كَسَر الحَلْىَ ، يُصْلِحُه أَحَبُّ إلَىَّ . قال القاضى : هذا مَحْمُولٌ على أَنَّهما تَراضَيا بذلك ، لا على طَرِيقِ الوُجُوبِ . فإن كانتِ الصِّناعَةُ مُحَرَّمَةً ؛ كالأَوانِى ، وحَلْىِ الرِّجالِ المُحَرَّمِ ، لم يَجُزْ ضَمانُه بأَكْثَرَ مِن وَزْنِه ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأَنَّ الصِّناعَةَ لا قِيمَةَ لها شَرْعًا .

الإنصاف

عَقِيلٍ . قال : وهو الأَظْهَرُ . وقال الحارِثِىُّ : إذا اسْتَهْلَكَ ذهَبًا أو فِضَّةً ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكُونا مَضْرُوبَيْن ، أَوْ لا ، فإنْ كانا مَضْرُوبَيْن ، فمِثْلِيَّان ، وإنْ كانا غيرَ مَضْرُوبَيْن ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكُونا مَصُوغَيْن ، أَوْ لا ، فإنْ لم يكُونا مَصُوغَيْن ، فإنْ قيلَ بمِثْلِيَّتِه ، كما هو الصَّوابُ ، فيُضْمَنا بالمِثْلِ . وإنْ قيلَ بتَقْوِيمِه ، وهو الوارِدُ فى الكتابِ ، فإنْ كانَ مِن جِنْسِ نَقْدِ البَلَدِ ، واسْتَوَيا زِنَةً وقِيمَةً ، فمَضْمُونٌ بالزِّنَةِ مِن نَقْدِ البلَدِ . وإنِ اخْتلَفا ، وهى مَسْأَلَةُ الكِتابِ ، فمَضْمُونٌ بغيرِ الجِنْسِ . وذكَرَه القاضى أيضًا ، وابنُ عَقِيلٍ ، وغيرُهما . وإنْ كان

المقنع

فَإِنْ كَانَ مُحَلًّى بِالنَّقْدَيْنِ مَعًا ، قَوَّمَهُ بِمَا شَاءَ مِنْهُمَا ، وَأَعْطَاهُ بِقِيمَتِهِ عَرْضًا .

الشرح الكبير

٢٣٥٤ - مسألة : (فإن كان مُحَلًّى بالنَّقْدَيْن معًا ، قَوَّمَه بما شاءَ منهما) للحاجَةِ (وأَعْطاهُ بقِيمَتِه عَرْضًا) لِئَلَّا يُفْضِيَ إلى الرِّبَا ، ولا يُمْكِنُ تَقْويمُه إلَّا بأحدِهما ؛ لأنَّهما قِيَمُ الأمْوالِ ، فدَعَتِ الحاجَةُ إلى تَقْويمِهما بأحدِهما ، وليس أحدُهما بأوْلَى من الآخرِ ، فكانتِ الخِيَرَةُ إليه فى تقويمِه

الإنصاف

مُغايِرًا لجِنْسِ نَقْدِ البَلَدِ ، بأنْ كان المُتْلَفُ ذَهَبًا ، ونَقْدُ البَلَدِ دَراهِمَ ، أو بالعَكْسِ ، ضُمِنَ بغالبِ نَقْدِ البَلَدِ . وإنْ كانا مَصُوغَيْنِ ؛ فإنْ قيلَ بالمِثْلِيَّةِ فى مِثْلِه ، كما تقدَّم ، وجَب المِثْلُ زِنَةً وصُورَةً . وإنْ قيلَ بالتَّقْويمِ ، كما هو المَشْهورُ ، فإنِ اتَّحدا قِيمَةً ووَزْنًا لسُوءِ الصِّناعَةِ ، ضُمِنَ بزِنَتِه مِن نَقْدِ البَلَدِ كيف كان ، وإنِ اخْتلَفا ، وَجَبَتِ القِيمَةُ مِن غيرِ الجِنْسِ . وقال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ : يجوزُ أداءُ القِيمَةِ مِنَ الجِنْسِ . وهو الأظْهَرُ . انتهى .

تنبيه : مَحَلُّ هذا إذا كانَ مُباحَ الصِّناعَةِ ، فأمَّا مُحَرَّمُ الصِّناعَةِ ؛ كالأوانِى وحَلْيِ الرِّجالِ المُحَرَّمِ ، فإنَّه لم يَجُزْ ضَمانُه بأكْثَرَ مِن وَزْنِه ، وَجْهًا واحِدًا . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والحارِثِيُّ ، وغيرُهم . وعنه ، يُضْمَنُ بقِيمَتِه . ذكَرَها فى « الرِّعايتَيْن » ، وزادَ فى « الكُبْرَى » ، فقال : وقيلَ : إنْ جازَ اتِّخاذُه ، ضُمِنَ كالمُباحِ ، وإلَّا فلا .

قوله : فإنْ كانَ مُحَلًّى بالنَّقْدَيْن مَعًا ، قَوَّمَه بما شاءَ منهما ، وأعْطاه بقِيمَتِه عَرْضًا . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، [٢/١٩٧ ظ] و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « النَّظْمِ » ،

المقنع

وَإِنْ تَلِفَ بَعْضُ الْمَغْصُوبِ ، فَنَقَصَتْ قِيمَةُ بَاقِيهِ ؛ كَزَوْجَىْ خُفٍّ تَلِفَ أَحَدُهُمَا ، فَعَلَيْهِ رَدُّ الْبَاقِى وَقِيمَةُ التَّالِفِ وَأَرْشُ النَّقْصِ . وَقِيلَ : لَا يَلْزَمُهُ أَرْشُ النَّقْصِ .

الشرح الكبير

بما شاء منهما . والدَّليلُ على أنَّه لا يُمْكِنُ تَقْوِيمُه [(1)] إلَّا بأحَدِ النَّقْدَيْن ، أنَّه لا يُمْكِنُ تَقْويمُه [(1)] بكلِّ واحِدٍ [(2)] مِن النَّقْدَيْن [(2)] مُنْفرِدًا ؛ لعَدَمِ مَعْرِفَةِ ما فيه منه ، ولأنَّ قِيمَةَ الحِلْيَةِ قد تَنْقُصُ بالتَّحْلِيَةِ بها ، وقد تَزِيدُ ، ولا يُمكِنُ إفْرادُها بالبَيْعِ ولا بغيرِه مِن التَّصرُّفاتِ ، وإنَّما يُقَوَّمُ المُحَلَّى كالسَّيْفِ ، بأن يُقالَ : كَمْ قِيمَةُ هذا ؟ ولو بِيعَ ، ما كان الثَّمَنُ إلا عِوَضًا له ؛ لأنَّ الحِلْيَةَ صارت صِفَةً له وزِينَةً فيه ، فكانتِ القِيمَةُ فيه مَوْصُوفةً بهذه الصِّفَةِ ، كقِيمَتِه فى بَيْعِه . واللهُ أعلمُ .

٢٣٥٥ – مسألة : (وإن تَلِفَ بعضُ المَغْصُوبِ ، فنَقَصَتْ قِيمَةُ باقِيه ؛ كزَوْجَىْ خُفٍّ تَلِفَ أحَدُهما ، فعليه رَدُّ الباقِى وقِيمَةُ التّالِفِ وأَرْشُ النَّقْصِ . وقيلَ : لا يَلْزَمُه أَرْشُ النَّقْصِ) إذا غَصَب شَيْئَين يَنْقُصُهما

الإنصاف

و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . قال الحارِثِىُّ : فالواجِبُ القِيمَةُ مِن غيرِ الجِنْسِ ، وهو العَرْضُ مُقَوَّمًا بأيِّهما شاءَ . وعلَّله ، وقال : هذا على أصلِ المُصَنِّفِ ومُوافَقَتِه فى المَسْأَلةِ الأُولَى . أمَّا على أصلِ القاضى ومَن وافَقَه ، فجائزٌ تَضْمِينُه بالجِنْسِ ، على ما مَرَّ . انتهى .

قوله : وإنْ تَلِفَ بعضُ المَغْصُوبِ ، فنَقَصَتْ قِيمَةُ باقِيه ، كزَوْجَى خُفٍّ تَلِفَ

(١ – ١) سقط من : الأصل .

(٢ – ٢) فى تش ، م : « منهما » .

الشرح الكبير

التَّفْرِيقُ ، كزَوْجَىْ خُفٍّ ، أو مِصْرَاعَىْ بابٍ ، فتَلِفَ أحَدُهما ، رَدَّ الباقِىَ وقِيمَةَ التالِفِ وأَرْشَ نَقْصِهِما . فإذا كانت قِيمَتُهُما سِتَّةَ دَراهِمَ ، فصارَتْ قِيمَةُ الباقِى بعدَ التَّلَفِ دِرْهَمَيْن ، رَدَّه وأَرْبَعَةَ دَرَاهِمَ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه لا يَلْزَمُه إلَّا قِيمَةُ التّالِفِ مع رَدِّ الباقِى . وهو أحدُ الوَجْهَيْن لأصحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّه لم يَتْلَفْ غيرُه ، ولأنَّ نَقْصَ الباقِى نَقْصُ قِيمَةٍ ، فلا يَضْمَنُه ، كالنَّقْصِ لتَغَيُّرِ الأسْعارِ . ولَنا ، أنَّه نَقْصٌ حَصَل بجنايَتِه ، فلَزِمَه ضَمانُه ، كما لو غَصَبَ ثَوْبًا فشَقَّه ثم تَلِف أحَدُ الشِّقَّيْن ، فإنَّه يَلْزَمُه رَدُّ الباقِى وقِيمَةُ التالِفِ وأَرْشُ النَّقْصِ إن نَقَص ، بخِلافِ نَقْصِ السِّعْرِ ، فإنَّه لم يَذْهَبْ مِن المَغْصُوبِ عَيْنٌ ولا مَعْنًى ، وهٰهُنا فَوَّتَ مَعْنًى ، وهو إمْكانُ الانْتِفاعِ به ، وهذا هو المُوجِبُ لنَقْصِ قِيمَتِه ، وهو حاصِلٌ مِن جِهَةِ الغاصِبِ ، فيَنْبَغِى أن يَضْمَنَه ، كما لو فَوَّتَ بَصَرَه أو سَمْعَه أو عَقْلَه ، أو فَكَّ تَرْكِيبَ بابٍ ونَحْوِه .

الإنصاف

أَحَدُهما ، فعليه رَدُّ الباقِى ، وقِيمَةُ التَّالِفِ ، وأَرْشُ النَّقْصِ . (١) هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . ونصَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . قال الحارِثِىُّ : هذا المذهبُ . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » وغيرِها . وقيل : لا يَلْزَمُه أَرْشُ النَّقْصِ (١) . قال الحارِثِىُّ : وهذا الوَجْهُ لا أصْلَ له ، ولوَهائِه أعْرَضَ عنه غيرُ واحدٍ مِنَ الأصحابِ ، مع الاطِّلاعِ على إيرادِ أبى الخَطَّابِ له . وأطْلَقهما فى

(١ - ١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : وإن غَصَبَ ثَوْبًا فلَبِسَه ، فأَبْلَاه ، فنَقَصَ نِصْفَ قِيمَتِه ، ثم غَلَتِ الثِّيابُ ، فعادَتْ قِيمَتُه كما كانت ، مثلَ أن غَصَبَ ثَوْبًا قِيمَتُه عَشَرَةٌ ، فنَقَصَه لُبْسُه حتى صارَتْ قِيمَتُه خَمْسَةً ، ثم زادَتْ قِيمَتُه فصارتْ عشرَةً ، رَدَّه وأَرْشَ نَقْصِه ؛ لأنَّ ما تَلِفَ قبلَ غَلَاءِ الثَّوْبِ ثَبَتَتْ قِيمَتُه فى الذِّمَّةِ ، فلا يَتَغَيَّرُ ذلك بغَلَاءِ الثَّوْبِ ولا رُخْصِه . وكذلك لو رَخُصَتِ الثِّيابُ ، فصارتْ قِيمَتُه ثَلاثَةً ، لم يَلْزَمِ الغاصِبَ إلَّا خَمْسَةٌ مع رَدِّ الثَّوْبِ . ولو تَلِفَ الثَّوْبُ كلُّه وقِيمَتُه عَشَرَةٌ ، ثم غَلَتِ الثِّيابُ ، فصارتْ [٤/٢٨٩و] (١)قِيمَةُ الثَّوْبِ(١) عِشْرِينَ ، لم يَضْمَنْ إلَّا عَشَرَةً ؛ لأنَّها ثَبَتَتْ فى الذِّمَّةِ عَشَرَةً ، فلا تُزادُ بغَلَاءِ الثِّيابِ ، ولا تَنْقُصُ برُخْصِها .

فصل : فإن غَصَبَ ثَوْبًا أو زِلِّيًّا[٢] فذَهَبَ بعضُ أجْزائِه ؛ كخَمْلِ المِنْشَفةِ ، فعليه أَرْشُ نَقْصِه . وإن أقامَ عندَه مُدَّةً لمِثْلِها أُجْرةٌ ، لَزِمَتْه أُجْرَتُه ، سَواءٌ اسْتَعْمَلَه أو تَرَكَه . ولو اجْتَمَعا ؛ مثلَ أن أقامَ عندَه مُدَّةً وذَهَب بعضُ أجْزائِه ، فعليه ضَمانُهما معًا ؛ الأُجْرَةُ وأَرْشُ النَّقْصِ ، سَواءٌ كان ذَهَابُ الأَجْزاءِ بالاسْتِعْمالِ ، (٣)أو بغيرِه . وقال بعضُ أصحابِ الشافعىِّ : إن نَقَص بغيرِ الاسْتِعْمالِ(٣) ؛ كثَوْبٍ يَنْقُصُه النَّشْرُ[٤] ، نَقَص

الإنصاف

« الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » .

(١ - ١) فى تش ، م : « قيمته » .

(٢) الزِّلِّيَّة : نوع من البسط . جمعها زلالى .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) فى الأصل : « اللبس » .

الشرح الكبير

بنَشْرِه ، وبَقِىَ عندَه مُدَّةً ، ضَمِن الأَجْرَ والنَّقْصَ ، وإن كان النَّقْصُ بالاسْتِعمالِ ؛ كثَوْبٍ لَبِسَه فأَبْلَاه ، فكذلك يَضْمَنُهما معًا ، فى أحَدِ الوَجْهين . والثانى ، يَجبُ أَكْثَرُ الأَمْرَيْن مِن الأَجْرِ أو أَرْشِ النَّقْصِ ؛ لأَنَّ ما نَقَص مِن الأَجْزاءِ فى مُقابَلَةِ الأَجْرِ ، ولذلك[1] لا يَضْمَنُ المُسْتَأْجِرُ تلك الأَجْزاءَ . ويتَخَرَّجُ لنا مثلُ ذلك . ولَنا ، أنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يَنْفَرِدُ بالإِيجابِ عن صاحِبِه ، فإذا اجْتَمَعا وَجَبَا ، كما لو أقَامَ فى يَدِه مُدَّةً ثم تَلِف ، والأُجْرَةُ تَجِبُ فى مُقابَلَةِ ما يَفُوتُ مِن المنافِعِ ، لا فى مُقابَلَةِ الأَجْزاءِ ، [2] ولذلك يَجِبُ الأَجْرُ وإن لم تَفُتِ الأَجْزاءُ[2] . وإن لم يَكُنْ للمَغْصُوبِ أُجْرَةٌ ، كثَوْبٍ غيرِ مَخِيطٍ ، فليس على الغاصِبِ إلَّا ضَمانُ نَقْصِه .

فصل : فإن نَقَص المَغْصُوبُ عندَ الغاصِبِ ثم باعَه ، فتَلِفَ عندَ المُشْتَرِى ، فله تَضْمِينُ مَن شاءَ منهما ، إذا لم يَكُنِ النَّقْصُ لتَغَيُّرِ الأَسْعارِ ، وقد ذَكَرْناه . فإن ضَمَّنَ الغاصِبَ ، ضَمَّنَه قِيمَتَه أَكْثَرَ ما كانت مِن حينِ الغَصْبِ إلى حينِ التَّلَفِ ؛ لأَنَّه فى ضَمانِه مِن حينِ غَصْبِه إلى يوم تَلَفِه ، وإن ضَمَّنَ المُشْتَرِىَ ، ضَمَّنَه قِيمَتَه أَكْثَرَ ما كانت مِن حينِ قَبْضِه إلى يومِ تَلَفِه ؛ لأَنَّ ما قبلَ القَبْضِ لم يَدْخُلْ فى ضَمانِه . وإن كانت له أُجْرَةٌ ، فله الرُّجُوعُ على الغاصِبِ بجَمِيعِها ، وعلى المُشْتَرِى بأَجْرِ مُقَامِه فى يَدَيْه ،

الإنصاف ....

(١) فى الأصل : « وكذلك » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

المقنع

وَإِنْ غَصَبَ عَبْدًا ، [١٤١و] فَأَبَقَ ، أَوْ فَرَسًا فَشَرَدَ ، أَوْ شَيْئًا تَعَذَّرَ رَدُّهُ مَعَ بَقَائِهِ ، ضَمِنَ قِيمَتَهُ ، فَإِنْ قَدَرَ عَلَيْهِ بَعْدُ ، رَدَّهُ وَأَخَذَ الْقِيمَةَ .

الشرح الكبير

وبالباقِى على الغاصِبِ . الكلامُ فى [٢٨٩/٤ظ] رُجُوعِ كلِّ واحدٍ منهما على صاحِبِه قد ذَكَرْناه فيما مَضَى .

٢٣٥٦ – مسألة : (وإن غَصَب عَبْدًا فأَبَقَ ، أو فَرَسًا فشَرَدَ ، أو شيئًا تَعَذَّرَ رَدُّه مع بَقائِه ، ضَمِن قِيمَتَه ، فإن قَدَر عليه بعدُ ، رَدَّه وأخذ القِيمَةَ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ مَن غَصَب شيئًا فعَجَز عن رَدِّه مع بَقائِه ، كعَبْدٍ أَبَقَ ، فللمَغْصُوبِ منه المُطالَبَةُ ببَدَلِه ، فإذا أَخَذَه مَلَكَه ، ولم يَمْلِكِ الغاصِبُ العَيْنَ المَغْصُوبَةَ ، بل متى قَدَرَ عليه لَزِمَه رَدُّه ، ويَسْتَرِدُّ بَدَلَها الذى أدَّاه . وبه قال الشافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ : يَتَخَيَّرُ المالِكُ

الإنصاف

قوله : وإنْ غَصَبَ عَبْدًا فأَبَقَ ، أو فَرَسًا فشَرَدَ ، أو شَيْئًا تَعَذَّرَ رَدُّه مع بَقائِه ، ضَمِنَ قِيمَتَه ، فإنْ قدَر عليه بعدُ ، رَدَّه ، وأَخَذَ القِيمَةَ . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وقالوا : يرُدُّ القِيمَةَ للغاصِبِ بعَينِها ، إنْ كانتْ باقِيَةً ، ويرُدُّ زَوائِدَها المُتَّصِلَةَ ؛ مِن سِمَنٍ ، ونحوِه ، ولا يَرُدُّ المُنْفَصِلَةَ . بلا نِزاعٍ . وإنْ كانتْ تالِفَةً ، فمِثْلُها ، إنْ كانتْ مِثْلِيَّةً ، أو قِيمَتُها ، إنْ كانت مُتَقَوَّمَةً . وهل للغاصِبِ حَبْسُ العَيْنِ لاسْتِرْدادِ القِيمَةِ ؟ قال فى « التَّلْخيصِ » : يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن . قال : وكذلك إذا اشْتَرَى شِراءً فاسِدًا ، هل يَحْبِسُ المُشْتَرِى المَبِيعَ على ردِّ الثَّمَنِ ؟ والصَّحِيحُ أنَّه لا يَحْبِسُ ، بل يَدْفَعان إلى عَدْلٍ ، لِيُسْلِمَ إلى كلِّ واحدٍ مالَه . انتهى . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايةِ » .

الشرح الكبير

بينَ الصَّبْرِ إلى إمْكانِ رَدِّها فيَسْتَرِدُّها ، وبينَ تَضْمِينِه إيّاها ، فيَزُولُ مِلْكُه عنها وتَصِيرُ مِلْكًا للغاصِبِ لا يَلْزَمُه رَدُّها ، إلَّا أن يكونَ دَفَع دُونَ قِيمَتِها ، فهو له مع يَمِينِه ؛ لأنَّ المالِكَ مَلَكَ البَدَلَ ، فلا يَبْقَى مِلْكُه على المُبْدَلِ ، كالبَيْعِ ، ولأنَّه تَضْمِينٌ فيما يُنْقَلُ المِلْكُ فيه ، فنَقَلَه ، كما لو خَلَط زَيْتَه بزَيْتِه . ولَنا ، أنَّ المَغْصُوبَ لا يَصِحُّ تَمَلُّكُه بالبَيْعِ هٰهُنا ، فلا يَصِحُّ بالتَّضْمِينِ ، كالتَّالِفِ ، ولأنَّه ضَمِن ما تَعَذَّرَ عليه رَدُّه بخُرُوجِه عن يَدِه ، فلا يَمْلِكُه بذلك ، كما لو كان المَغْصُوبُ مُدَبَّرًا ، وليس هذا جَمْعًا بينَ البَدَلِ والمُبْدَلِ ؛ لأنَّه مَلَكَ القِيمَةَ لأجْلِ الحَيْلُولَةِ ، لا على سَبِيلِ العِوَضِ ، ولهذا إذا رَدَّ المَغْصُوبَ إليه ، رَدَّ القِيمَةَ عليه ، ولا يُشْبِهُ الزَّيْتَ ؛ لأنَّه يَجُوزُ بَيْعُه ، ولأنَّ حَقَّ صاحِبِه انْقَطَعَ عنه لتَعَذُّرِ رَدِّه . إذا ثَبَتَ ذلك ، فإنَّه إذا

الإنصاف

فائدة : إذا أخذَ المالِكُ القِيمَةَ مِنَ الغاصِبِ ، مَلَكَها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قالَه المُصَنِّفُ وغيرُه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . قال الحارِثِيُّ : قالَه أصحابُنا . وقال فى « عُيونِ المَسائلِ » وغيرِها : لا يَمْلِكُها ، وإنَّما حصَل بها الانْتِفاعُ فى مُقابلَةِ ما فوَّته الغاصِبُ ، فما اجْتَمعَ البَدَلُ والمُبْدَلُ منه . نقَلَه عنه فى « الفُروعِ » . وقال الزَّرْكَشِيُّ : وقال القاضى فى « التَّعْليقِ » : لا يَمْلِكُها ، وإنَّما يُباحُ له الانْتِفاعُ بها بإزاءِ ما فاتَه مِن مَنافِعِ العَيْنِ المَغْصُوبَةِ . قال القاضى يَعْقُوبُ فى « تَعْليقِه » : لا يَمْلِكُها ، وإنَّما جُعِلَ الانْتِفاعُ بها عِوَضًا[1] عمَّا فوَّته الغاصِبُ . قال الحارِثِيُّ : يجِبُ اعْتِبارُ القِيمَةِ بيَوْمِ التَّعَذُّرِ . قال فى « التَّلْخيصِ » : ولا يُجْبَرُ

(١) فى ط : « عوضا عليه » .

المقنع

وَإِنْ غَصَبَ عَصِيرًا فَتَخَمَّرَ ، فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ . فَإِنِ انْقَلَبَ خَلًّا ، رَدَّهُ ، وَمَا نَقَصَ مِنْ قِيمَةِ الْعَصِيرِ .

الشرح الكبير

قَدَر على المَغْصُوبِ رَدَّه ونماءَه المُنْفَصِلَ والمُتَّصِلَ ، وأُجْرَ مِثْلِه إلى حينِ دَفْعِ بَدَلِه . ويَجِبُ على المالكِ رَدُّ ما أخَذَه بَدَلًا عنه إلى الغاصِبِ ؛ لأنه أخَذَه بالحَيْلُولةِ ، وقد زالَتْ ، فيَجِبُ رَدُّ ما أخَذَ مِن أجْلِها إن كان باقِيًا بعَيْنِه ، وَرَدُّ زيادَتِه المُتَّصِلَةِ ؛ لأنَّها تَتْبَعُ فى الفُسُوخِ ، (١)وهذا فَسْخٌ ، ولا يَلْزَمُ(٢) رَدُّ زِيادَتِه المُنْفَصِلَةِ ؛ لأنَّها وُجِدَتْ فى مِلْكِه ، ولا تَتْبَعُ فى الفُسُوخِ(١) ، فأشْبَهَتْ زِيادَةَ المَبِيعِ المَرْدُودِ بعَيْبٍ . وإن كان البَدَلُ تالِفًا ، فعليه مِثْلُه ، أو قِيمَتُه إن لم يَكُنْ مِن ذَوَاتِ الأمْثالِ .

٢٣٥٧ – مسألة : (وإن غَصَبَ عَصِيرًا فتَخَمَّرَ ، فعليه) مِثْلُه ؛ لأنَّه تَلِفَ فى يَدِه . فإن صار خَلًّا وَجَبَ رَدُّه (وما نَقَص مِن قِيمَةِ العَصِيرِ)

الإنصاف

المالكُ على أخْذِها ، ولا يصِحُّ الإبْراءُ منها ، ولا يَتعلَّقُ الحقُّ بالبَدَلِ ، فلا ينْتَقِلُ إلى الذِّمَّةِ ، وإنَّما ثبَتَ جوازُ الأخْذِ دَفْعًا للضَّرَرِ ، فتوَقَّفَ على خِيرَتِه .

فائدة : لا يَمْلِكُ الغاصِبُ العَيْنَ المَغْصُوبَةَ بدَفْعِ القِيمَةِ ؛ فلا يَمْلِكُ أكْسابَه ، ولا يَعْتِقُ عليه لو كان قَرِيبَه ، ويَسْتَحِقُّه المالِكُ بنَمائِه المُتَّصِلِ والمُنْفَصِلِ . وكذلك أُجْرَةُ مِثْلِه إلى حينِ دَفْعِ البدَلِ ، على ما يأْتِى .

قوله : وإنْ غصَب عَصِيرًا فتَخَمَّرَ ، فعليه قِيمَتُه . رأَيْتُ فى نُسْخَةٍ مَقْروءَةٍ على المُصَنِّفِ ، وعليها خطُّه : فعليه قِيمَتُه . وهو أحدُ الوَجْهَيْن . جزَم به فى

(١ – ١) سقط من : الأصل .

(٢) بعده فى م : « منه » .

الشرح الكبير

[٢٩٠/٤و] ويَسْتَرْجِعُ ما أَدَّاه مِن بَدَلِه . وقال بعضُ أصحابِ الشافعيِّ : يَرُدُّ الخَلَّ ، ولا يَسْتَرْجِعُ البَدَلَ ؛ لأنَّ العَصِيرَ تَلِفَ بتَخَمُّرِه ، فوَجَبَ ضَمانُه ، فإن عادَ خَلًّا ، كان كما لو هَزَلَتِ الجاريَةُ السَّمِينَةُ ، ثم عادَ سِمَنُها ، فإنَّه يَرُدُّها وأَرْشَ نَقْصِها . ولَنا ، أنَّ الخَلَّ عَيْنُ العَصِيرِ ، تَغَيَّرَتْ صِفَتُه ، وقد رَدَّه ، فكان له اسْتِرْجاعُ ما أدَّاه بَدَلًا عنه ، كما لو غَصَبَه فغَصَبَه منه غاصِبٌ ثم رَدَّه عليه ، وكما لو غَصَب حَمَلًا فصار كَبْشًا . وأمَّا السِّمَنُ الأوَّلُ فلَنَا فيه مَنْعٌ ، وإن سَلَّمْناه ، فالثانِي غيرُ الأوَّلِ ، بخِلافِ مسألتِنا .

فصل : إذا غَصَب أثْمانًا ، فطَالَبَه مالِكُها بها فى بَلَدٍ آخَرَ ، وَجَب رَدُّها إليه ؛ لأنَّ الأثْمانَ قِيَمُ الأمْوالِ ، فلا يَضُرُّ اخْتِلافُ قِيمَتِها . وإن كان المَغْصُوبُ مِن المُتَقَوَّماتِ ، لَزِمَ دَفْعُ قِيمَتِه فى بَلَدِ الغَصْبِ . وإن كان مِن

الإنصاف

« الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . قال الحارِثِىُّ : وليس بالجَيِّدِ . قلتُ : وهو بعيدٌ جِدًّا ؛ لأنَّ له مِثْلًا . والوَجْهُ الثَّانى ، يَلْزَمُه مِثْلُه . ورأَيْتُ فى نُسَخٍ : فعليه مِثْلُه . وعليها شَرَحَ الشَّارِحُ ، والحارِثِىُّ ، وابنُ مُنَجَّى ، وهو المذهبُ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الرِّعايةِ الكُبْرى » ، و « الوَجيزِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، و « التَّلْخيصِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفائقِ » . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » .

قوله : وإنِ انْقلَبَ خَلًّا ، رَدَّه ، وما نقَص مِن قِيمَةِ العَصِيرِ . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ،

المقنع

فَصْلٌ : وَإِنْ كَانَتْ لِلْمَغْصُوبِ أُجْرَةٌ ، فَعَلَى الْغَاصِبِ أُجْرَةُ مِثْلِهِ مُدَّةَ مُقَامِهِ فِي يَدِهِ . وَعَنْهُ ، التَّوَقُّفُ عَنْ ذَلِكَ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ :

الشرح الكبير

المِثْليّاتِ وقِيمَتُه فى البَلَدَيْنِ واحِدَةٌ ، أو هى أَقَلُّ فى البَلَدِ الذى لَقِيَه فيه ، فله مُطالَبَتُه بمِثْلِه ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ على الغاصِبِ فيه . وإن كانت أكْثَرَ ، فليس له المِثْلُ ؛ لأنّا لا نُكَلِّفُه النَّقْلَ إلى غيرِ البَلَدِ الذى غَصَب فيه ، وله المُطالَبَةُ بقِيمَتِه فى بَلَدِ الغَصْبِ . وفى جَمِيعِ ذلك ، متى قَدَر على المَغْصُوبِ أو المِثْلِ فى بَلَدِ الغَصْبِ ، رَدَّه وأخَذَ القِيمَةَ ، كما لو غَصَب عَبْدًا فأَبَقَ .

فصل : قال ، رَضِىَ اللهُ عنه : (فإن كانت للمَغْصُوبِ أُجْرَةٌ ، فعلى الغاصِبِ أُجْرَةُ مِثْلِه مُدَّةَ مُقامِه فى يَدِه) سَواءٌ اسْتَوْفَى المَنافِعَ أو تَرَكَها تَذْهَبُ . هذا المَعْرُوفُ فى المَذْهَبِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوايَةِ الأَثْرَمِ .

الإنصاف

و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » . وقال فى « عُيونِ المَسائلِ » : لا يَلْزَمُه قِيمَةُ العَصِيرِ ؛ لأنَّ الخَلَّ عيْنُه ، كحَمَلٍ صارَ كَبْشًا . وقال الحارِثِىُّ : وللشَّافِعِيَّةِ وَجْهٌ ، يَمْلِكُه الغاصِبُ . وهو الأقْوَى . ونصَرَه بأدِلَّةٍ كثيرةٍ .

فائدة : لو غلَّى العَصِيرَ ، فنقَصَ ، غَرِمَ أَرْشَ نَقْصِه ، وكذا يَغْرَمُ نقْصَه . على المذهبِ ، وقالَه الأصحابُ . قال فى « الفُروعِ » : وَيحْتَمِلُ أنَّه لا يَلْزَمُه ؛ لأنَّه ماءٌ .

قوله : وإنْ كانَ للمَغْصُوبِ أُجْرَةٌ ، فعلى الغاصِبِ أُجْرَةُ مِثْلِه مُدَّةَ مُقامِه فى يَدِه .

المقنع هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ ، ثُمَّ رَجَعَ عَنْهُ .

الشرح الكبير وبه قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَضْمَنُ المَنافِعَ . وهو الذى نَصَرَه أصحابُ مالكٍ . وقد روَى محمدُ بنُ الحَكَمِ عن أحمدَ ، فى مَن غَصَب دارًا فسَكَنَها عِشْرِينَ سنةً : لا أَجْتَرِئُ أن أَقُولَ : عليه أجْرُ[1] ما سَكَن . وهذا يَدُلُّ على تَوَقُّفِه عن إيجابِ الأَجْرِ ، إلَّا أنَّ أبا بكرٍ قال : (هذا قولٌ قَدِيمٌ) لأنَّ محمدَ بنَ الحَكَمِ ماتَ قبلَ أبِى عبدِ اللهِ بعِشْرِينَ سنةً . [٢٩٠/٤ظ] واحْتَجَّ مَن لم يُوجِبِ الأجْرَ بقولِ النبىِّ ﷺ : « الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ »[2] . وضَمَانُها على الغاصِبِ . ولأنَّه اسْتَوْفَى مَنْفَعَتَه بغيرِ عَقْدٍ ولا شُبْهَةِ مِلْكٍ ، أشْبَهَ ما لو زَنَى بامْرأةٍ مُطاوِعَةٍ . ولَنا ، أنَّ كلَّ ما ضَمِنَه

الإنصاف يَعْنِى ، إذا كانتْ تصِحُّ إجارَتُه[3] . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، ونصَّ عليه فى قَضايا كثيرةٍ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وعنه التَّوَقُّفُ عن ذلك . قال أبو بَكْرٍ : هذا قَوْلٌ قديمٌ رجَع عنه ؛ لأنَّ الرَّاوِىَ لها عنه محمدُ بنُ الحَكَمِ ، وقد ماتَ قبلَ الإمامِ أحمدَ بعِشْرِين سَنةً . قلتُ : مَوْتُه قبلَ الإمامِ أحمدَ لا يدُلُّ على رُجوعِه ، بل لا بُدَّ مِن دَليلٍ يدُلُّ على رُجوعِه غيرِ ذلك . ثم [١٩٨/٢ و] وَجَدْتُ الحارِثِىَّ قال قرِيبًا مِن ذلك ، فقال : الاسْتِدْلالُ على الرُّجوعِ بتَقَدُّمِ وَفاةِ محمدِ بنِ الحَكَمِ لا يصِحُّ ، فإنَّ مَن تأَخَّرَتْ وَفاتُه مِنَ الجائزِ أنْ يكونَ منهم مَن سمِعَ قبلَ سَماعِ محمدِ بنِ الحَكَمِ ، لا سِيَّما أبو طالِبٍ ، فإنَّه

(١) فى تش ، م : « سكنى » .
(٢) تقدم تخريجه فى ٢٨٤/١٠ .
(٣) فى ط : « أجرته » .

الشرح الكبير

بالإتْلافِ فى العَقْدِ الفاسِدِ ، جازَ أن يَضْمَنَه بمُجَرَّدِ الإتْلافِ ، كالأَعْيانِ ، ولأنَّه أتْلَفَ مُتقوَّمًا ، فوَجَبَ ضَمانُه ، كالأعْيانِ . أو نقولُ : مالٌ مُتَقَوَّمٌ مَغْصُوبٌ ، فوَجَبَ ضَمانُه ، كالعَيْنِ . وأمّا الخَبَرُ فوارِدٌ فى البَيْعِ ، ولا يَدْخُلُ فيه الغاصِبُ ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ له الانْتِفاعُ بالمَغْصُوبِ بالإجْماعِ . ولا يُشْبِهُ الزِّنَى ؛ لأنَّها رَضِيَتْ بإتْلافِ مَنافِعِها بغيرِ عِوَضٍ ولا عَقْدٍ يَقْتَضِى العِوَضَ ، فكان بمَنْزِلَةِ مَن أعارَه دارَه . ولو أكْرَهَها عليه ، لَزِمَه مَهْرُها ، والخِلافُ فيما له مَنافِعُ تُسْتَباحُ بعَقْدِ الإجارَةِ ؛ كالعَقارِ ، والثِّيابِ ، والدَّوابِّ ، ونَحْوِها . فأمّا الغَنَمُ والشَّجَرُ والطَّيْرُ ونحوُها ، فلا شئَ فيها ؛ لأنَّه لا مَنافِعَ لها يُسْتَحَقُّ بها عِوَضٌ . ولو غَصَب جارِيَةً ولم يَطَأْها ، ومَضَى عليها زَمَنٌ يُمْكِنُ الوَطْءُ فيه ، لم يَضْمَنْ مَهْرَها ؛ لأنَّ مَنافِعَ البُضْعِ لا تَتْلَفُ إلَّا بالاسْتِيفاءِ ، بخِلافِ غيرِها ، ولأنَّها لا تُقَدَّرُ بزَمَنٍ فيُتْلِفُها مُضِىُّ الزَّمَنِ ، بخِلافِ المَنْفَعَةِ . ولو أطْرَقَ الفَحْلَ لم يَضْمَنْ مَنْفَعَتَه ؛ لأنَّه لا عِوَضَ له ، لكنْ عليه ضَمانُ نَقْصِه .

الإنصاف

قديمُ الصُّحْبَةِ لأحمدَ . قال : وأحْسَنُ منه التَّأنُّسُ بما رُوِىَ أنَّ ابنَ مَنْصُورٍ بلَغَه أنَّ أحمدَ رجَع عن بعضِ المَسائلِ التى علَّقَها ، فجمَعَها فى جِرابٍ وحمَلَها على ظَهْرِه ، وخرَج إلى بَغْدادَ ، وعرَضَ خُطُوطَ أحمدَ عليه فى كلِّ مسْأَلَةٍ ، فأقَرَّ له بها ثانِيًا . فالظَّاهِرُ أنَّ ذلك كان بعدَ مَوْتِ ابنِ الحَكَمِ ، وقبلَ وَفاةِ أحمدَ بيَسِيرٍ ، وابنُ مَنْصُورٍ ممَّن روَى الضَّمانَ ، فيَكُونُ مُتَأخِّرًا عن رِوايَةِ ابنِ الحَكَمِ . انتهى . وتقدَّم نَظِيرُ ذلك فى البابِ عندَ قوْلِه : وإنْ غصَبَ ثَوْبًا فقصَرَه ، أو غزْلًا فنَسَجَه . قال فى « الفُروعِ » هنا : ونقَل ابنُ الحَكَمِ ، لا أُجْرَةَ مُطْلَقًا ، يعْنِى ، سواءٌ انْتَفع

المقنع وَإنْ تلِفَ الْمَغْصُوبُ ، فَعَلَيْهِ أُجْرَتُهُ إلَى وَقْتِ تَلَفِهِ . وَإنْ غَصَبَ شَيْئًا فَعَجَزَ عَنْ رَدِّهِ ، فَأَدَّى قِيمَتَهُ ، فَعَلَيْهِ أُجْرَتُهُ إلَى وَقْتِ أَدَاءِ الْقِيمَةِ ، وَفِيمَا بَعْدَهُ وَجْهَانِ .

الشرح الكبير **٢٣٥٨** – مسألة : (وإن تَلِفَ المَغْصُوبُ ، فعليه أُجْرَتُه إلى وَقْتِ تَلَفِه) لأنَّه بعدَ التَّلَفِ لم تَبْقَ له مَنْفَعَةٌ ، فلم يَجِبْ ضَمانُها ، كما لو أتْلَفَه مِن غيرِ غَصْبٍ .

٢٣٥٩ – مسألة : (وإن غَصَب شيئًا ، فعَجَز عن رَدِّه ، فأدَّى قِيمَتَه ، فعليه أُجْرَتُه إلى وَقْتِ أَدَاءِ القِيمَةِ) لأنَّ مَنافِعَه إلى وَقْتِ أداءِ القِيمةِ

الإنصاف به أوْ لا . وظاهِرُ « المُبْهِجِ » التَّفْرِقَةُ . يعْنِى ، إنِ انْتفَعَ به ، فعليه الأُجْرَةُ ، وإلَّا فلا . واخْتارَه بعضُ الأصحابِ . وجعَلَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ظاهِرَ ما نُقِلَ عنه . وقد نقَلَ ابنُ مَنْصُورٍ ، إنْ زرَع بلا إذْنٍ ، فعليه أُجْرَةُ الأرْضِ بقَدْرِ ما اسْتعْمَلَها إلى رَدِّه ، أو إتْلافِه ، أو رَدُّ قِيمَتِه .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو كانَ العَبْدُ ذا صنائِعَ ، لَزِمَه أُجْرَةُ أعْلاها فقط . الثَّانيةُ ، مَنافِعُ المَقْبوضِ بعَقْدٍ فاسدٍ ، كَمنافعِ المَغْصُوبِ ؛ تُضْمَنُ بالفَواتِ والتَّفْويتِ .

تنبيه : قال الحارِثِيُّ : « أبو بَكْرٍ » المُبْهَمُ فى الكِتابِ هو الخَلَّالُ . وإطْلَاقُ « أبِى بَكْرٍ » فى عُرْفِ الأصحابِ إنَّما هو أبو بَكْرٍ عَبْدُ العزيزِ ، لا الخَلَّالُ ، وإنْ كانَ يَحْتَمِلُ أنْ يكونَ مِن كلامِ أبِى بَكْرٍ عَبْدِ العزيزِ ، كما قال ، فإنَّه أدْخَلَ فى « جامعِ الخَلَّالِ » شيئًا مِن كلامِه ، فرُبَّما اشْتَبَه بكَلامِ الخَلَّالِ ، إلَّا أنَّ القاضىَ ، وابنَ عَقِيلٍ ، وغيرَهما مِن أهْلِ المذهبِ ، إنَّما حَكَوه عنِ الخَلَّالِ . انتهى .

قوله : وإنْ غَصَبَ شَيْئًا ، فعَجز عن رَدِّهِ فأَدَّى قِيمَتَه ، فعليه أُجُرَتُه إلى وَقْتِ أَداءِ

فَصْلٌ : وَتَصَرُّفَاتُ الْغَاصِبِ الْحُكْمِيَّةُ ؛ كَالْحَجِّ ، وَسَائِرِ

مَمْلُوكَةٌ لصاحِبِه ، فلَزِمَه ضَمانُها . وهل يَلْزَمُه أَجْرُه مِن حين دَفْعِ بَدَلِه إلى رَدِّه ؟ فيه وَجْهان ؛ أَصَحُّهُما ، لا يَلْزَمُه ؛ لأَنَّه اسْتَحَقَّ الانْتِفاعَ ببَدَلِه الذى أُقِيمَ مُقامَه ، فلم يَسْتَحِقَّ الانْتِفاعَ به وبما قامَ مَقامَه . والثانى ، له الأَجْرُ ؛ لأنَّ العَيْنَ باقِيةٌ على مِلْكِه ، والمَنْفَعَةَ له .

[٢٩١/٤و] **فصل** : (١قال الشيخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه١) : (وتَصَرُّفاتُ الغاصِبِ الحُكْمِيَّةُ ؛ كالحَجِّ ، وسائِرِ العِباداتِ ، والعُقُودُ ؛ كالبَيْعِ

القِيمَةِ ، وفيما بعدَه وَجْهان . إنْ كانَ قبلَ أداءِ القِيمَةِ ، فحُكْمُه حُكْمُ المَسْألةِ التى قبلَها ، خِلافًا ومذهبًا . وإنْ كانَ بعدَ أدائِها ، فأَطْلَقَ فى وُجوبِها الوَجْهَيْن ، وأطْلَقهما فى « التَّلْخيصِ » ، وقال : ذكَرَهما القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ؛ أحدُهما ، لا يَلْزَمُه . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . صحَّحه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « التَّصْحيحِ » ، وغيرُهم . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . والوَجْهُ الثَّانى ، يلْزَمُه ؛ لأنَّ العَيْنَ باقيةٌ على مِلْكِ المَغْصُوبِ منه والمَنْفَعَةَ . فعلى هذا الوَجْهِ ، تَلْزَمُه الأُجْرَةُ إلى ردِّه مع بَقائِه .

فائدة : قال فى « الفُروعِ » : وظاهرُ كَلامِ الأصحابِ ، أنَّه يضْمَنُ رائحةَ المِسْكِ ونحوَه ، خِلافًا « للانْتِصارِ » ، لا نقْدًا لِتجارَةٍ . قلتُ : الذى يَنْبَغِى أنْ يُقْطَعَ بالضَّمانِ فى ذَهابِ رائحةِ المِسْكِ ، ونحوِه .

قوله : وتَصَرُّفَاتُ الغَاصِبِ الحُكْمِيَّةُ ؛ كالحَجِّ وسائِرِ العِباداتِ ، والعُقُودِ ؛ كالبَيْعِ والنِّكاحِ ، ونحوِها باطِلَةٌ فى إحْدَى الرِّوايتَين . وهى المذهبُ . قال

(١ - ١) سقط من : تش ، م .

المقنع

الْعِبَادَاتِ ، وَالْعُقُودِ ؛ كَالْبَيْعِ ، وَالنِّكَاحِ ، وَنَحْوِهَا ، بَاطِلَةٌ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، وَالْأُخْرَى صَحِيحَةٌ .

الشرح الكبير

والنِّكَاحِ ، ونحوِها ، باطِلَةٌ فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْن ، والأُخْرَى صَحِيحَةٌ) تَصَرُّفاتُ الغاصِبِ كتصرُّفَاتِ الفُضُولِىِّ ، وفيه رِوَايتانِ ؛ أظْهَرُهما بُطْلانُها . والثانيةُ ، صِحَّتُها ووُقُوفُها[1] على إجَازَةِ المالِكِ . وقد ذَكَرَ شيخُنا فى الكِتَابِ المَشْرُوحِ رِوايةً أنَّها تَقَعُ صَحِيحةً ، وذَكَرَه أبو الخَطَّابِ . وسَواءٌ فى ذلك العِبادَاتُ ؛ كالطَّهارَةِ ، والصلاةِ ، والزَّكاةِ ، والحَجِّ ،والعُقُودُ ؛ كالبَيْعِ ،والإجارَةِ ،والنِّكَاحِ . وهذا يَنْبَغِى أن يَتَقَيَّدَ فى العُقُودِ بما لم يُبْطِلْه المالِكُ ، فأمّا ما اخْتارَ المالِكُ إبْطالَه وأَخْذَ المَعْقُودِ عليه ، فلا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . وأمّا ما لم يُدْرِكْه المالِكُ ، فوَجْهُ التَّصْحِيحِ فيه أنَّ الغاصِبَ تَطُولُ مُدَّتُه وتَكْثُرُ تَصرُّفاتُه ، ففى القَضاءِ ببُطْلانِها ضَرَرٌ كَثِيرٌ ، ورُبَّما عادَ الضَّرَرُ على المالِكِ ، فإنَّ الحُكْمَ بصِحَّتِها يَقْتَضِى كَوْنَ الرِّبْحِ للمالِكِ ، والعِوَضِ بنَمائِه وزِيادَتِه له ، والحُكْمَ ببُطْلانِها يَمْنَعُ ذلك .

الإنصاف

الشَّارِحُ : هذا أظْهَرُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المذهبُ . وصَحَّحه فى « التَّصْحيحِ » وغيرِه . قال فى « التَّلْخيصِ » ، فى بابِ البَيْعِ : وإنْ كثُرَتْ تصرُّفاتُه فى أعْيانِ المَغْصُوباتِ ، يُحْكَمُ ببُطْلانِ الكُلِّ ، على الأصحِّ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . قال فى « الفُروعِ » : اخْتارَه الأكْثَرُ . ذكَرَه فى كتابِ البَيْعِ ، فى الشَّرْطِ السَّابعِ . والأُخرى ، صحيحةٌ . وعنه ، تصِحُّ

---

(١) فى الأصل : « وقوعها » .

الإنصاف

مَوْقوفَةً على الإجازَةِ . وأطْلَقَهُنَّ فى « الفائقِ » ، وقال : وقيل : الصِّحَّةُ مُقَيَّدَةٌ بما لم يُبْطِلْه المالِكُ مِنَ العُقودِ . انتهى . قلتُ : قال الشَّارِحُ : وقد ذكَر شيْخُنا فى الكتابِ المَشْروحِ رِوايةً ، أنَّها صحيحةٌ . وذكَرَها أبو الخَطَّابِ ، قال : وهذا يَنْبَغِى أن يَتقَيَّدَ فى العُقودِ بما إذا لم يُبْطِلْه المالِكُ . فأمَّا إنِ اخْتارَ المالِكُ إبْطالَه ، فأَخَذَ المَعْقُودَ عليه ، فلا نعْلَمُ فيه خِلافًا . وأمَّا ما لم يُدْرِكْه المالِكُ ، فوَجْهُ التَّصْحيحِ فيه ، أنَّ الغاصِبَ تَطُولُ مُدَّتُه وتكْثُرُ تصَرُّفاتُه ، ففى القَضاءِ بِبُطْلانِها ضَرَرٌ كثيرٌ ، ورُبَّما عادَ الضَّرَرُ على المالِكِ . انتهى . وقال ما قالَه الشَّارِحُ ، والقاضى فى « خِلافِه » ، وابنُ عَقِيلٍ . نقَلَه عنهما فى « الفائدَةِ العِشْرين » ، والمُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، وأطْلَقَ الرِّوايَةَ مرَّةً كما هنا ، ومرَّةً قال : يَنْبَغِى أنْ يُقَيَّدَ ، كما قال الشَّارِحُ . وقال : وهو أشْبَهُ مِنَ الإطْلاقِ . قال الحارِثِىُّ : وهذه الرِّوايةُ لم أرَ مَن تقدَّم المُصَنِّفَ وأبا الخَطَّابِ فى إيرادِها . وقال أيضًا : وأمَّا الصِّحَّةُ على الإطْلاقِ ، فلا أعْلَمُ به أيضًا ، سِوَى نَصِّه على مِلْكِ المالِكِ ، كرِبْحِ المالِ المَغْصُوبِ ، كما سنُورِدُه فى مسْألَةِ الرِّبْحِ . وقال عن كلامِ المُصَنِّفِ فى تَقْييدِ الرِّوايةِ : أمَّا طُولُ مُدَّةِ الغَصْبِ ، وكَثْرَةُ تصرُّفاتِ الغاصِبِ ، فلا يَطَّرِدُ ، بل كثيرٌ مِنَ المَغْصُوبِ لا يُتَصَرَّفُ فيه بعَقْدٍ أصْلًا ، وبتَقْديرِ الاطِّرادِ غالِبًا .

تنبيهان ؛ أحدُهما [٢/١٩٨ ظ] ، بنَى المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، وجماعةٌ ، تصَرُّفَ الغاصِبِ ، على تَصَرُّفِ الفُضُولِىِّ ، فأثْبَتَ فيه ما فى تَصرُّفِ الفُضُولِىِّ ، مِن رِوايةِ الانْعِقادِ مَوْقُوفًا على إجازَةِ المالِكِ . قال الحارِثِىُّ : ومِن مُتأَخِّرِى الأصحابِ مَن جعَل هذه التَّصَرُّفاتِ مِن نَفْسِ تصَرُّفاتِ الفُضُولِىِّ . قال : وليس بشئٍ . ثم قال : ولا يصِحُّ إلْحاقُه بالفُضُولِىِّ . وفرَّق بينَهما بفُروقٍ جيِّدَةٍ . الثَّانى ، هذا الخِلافُ المَحْكِىُّ فى أصْلِ المَسْألَةِ مِن حيثُ الجُمْلَةُ ، وقد قَسَمَها المُصَنِّفُ

الإنصاف قِسْمَيْن ؛ عِباداتٌ ، وعُقُودٌ . فالعِباداتُ فيها مَسَائلُ ؛ منها ، الوُضُوءُ بماءٍ مَغْصُوبٍ ، والوُضُوءُ مِن إناءٍ مَغْصُوبٍ ، وغَسْلُ النَّجاسَةِ بماءٍ مَغْصوبٍ ، وسَتْرُ العَوْرَةِ بثَوْبٍ مَغْصُوبٍ ، والصَّلاةُ فى مَوْضِعٍ مَغْصوبٍ . وقد تقدَّم ذلك مُسْتَوْفًى فى كتابِ الطَّهارَةِ ، والآنِيَةِ ، وإزالَةِ النَّجاسةِ ، وسَتْرِ العَوْرَةِ ، واجْتِنابِ النَّجاسَةِ . ومنها ، الحَجُّ بمالٍ مَغْصُوبٍ ، كما قال المُصَنِّفُ ، والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يصِحُّ . نصَّ عليه . قال ابنُ أبِى مُوسى : وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . قال فى « الخُلاصَةِ » : باطِلٌ على الأصحِّ . قال الشَّارِحُ : باطِلٌ على الأظْهَرِ . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . قال فى « الرِّعايةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : يَبْطُلُ فى كلِّ عِبادَةٍ على الأصحِّ . وصحَّحه النَّاظِمُ وغيرُه . وقدَّمه الحارِثِىُّ وغيرُه . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وقيل : عنه ، يُجْزِئُه مع الكَراهَةِ . قالَه ابنُ أبِى مُوسى . واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ . قال الحارِثِىُّ : وهو أقْوَى . قلتُ : وهو الصَّوابُ ، فيَجِبُ بَدَلُ المالِ دَيْنًا فى ذِمَّتِه . ومنها ، الهَدْىُ المَغْصُوبُ لا يُجْزِئُ . صرَّح به الأصحابُ . ونصَّ عليه فى رِوايةِ علِىِّ بنِ سَعِيدٍ . وعنه ، الصِّحَّةُ مَوْقُوفَةٌ على إجازَةِ المالِكِ . ونصَّ الإمامُ أحمدُ على الفَرْقِ بينَ أنْ يَعْلَمَ أنَّها لغيرِه ، فلا يُجْزِئُه ، وبينَ أنْ يظُنَّ أنَّها لنَفْسِه ، فيُجْزِئَه ، فى رِوايةِ ابنِ القاسِمِ ، وسِنْدِىٍّ . وسوَّى كثيرٌ مِنَ الأصحابِ بينَهما فى حِكَايةِ الخِلافِ . قال فى « الفائِدَةِ العِشْرِين » : ولا يصِحُّ . وإنْ كان الثَّمَنُ مَغْصُوبًا ، لم يُجْزِئْه أيضًا ؛ اشْتَراه بالعَيْنِ ، أو فى الذِّمَّةِ . قالَه الحارِثِىُّ . قلتُ : لو قيلَ بالإجْزاءِ إذا اشْتَراه فى الذِّمَّةِ ، لكانَ مُتَّجِهًا . ومنها ، لو أوْقَع الطَّوافَ ، أو السَّعْىَ ، أو الوُقوفَ على الدَّابَّةِ

الإنصاف

المَغْصُوبَةِ ، ففى الصِّحَّةِ روايتا الصَّلاةِ[1] فى البُقْعَةِ المَغْصُوبَةِ . قالَه الحارِثِىُّ . قلتُ : النَّفْسُ تميلُ إلى صِحَّةِ الوُقوفِ على الدَّابَّةِ المَغْصُوبَةِ . ومنها ، أداءُ المالِ المَغْصُوبِ فى الزَّكاةِ غيرُ مُجْزِئٍ . قال الحارِثِىُّ : ثم إنَّ أبا الخَطَّابِ صرَّح بجَرَيانِ الخِلافِ فى الزَّكاةِ ، وتَبِعَه المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، وغيرُه مِنَ الأصحابِ ، كما انْتَظَمَه عُمومُ إيرادِ الكِتابِ . فإنْ أُرِيدَ به ما ذكَرْنا مِن أداءِ المَغْصُوبِ عن الغاصِبِ ، وهو الصَّحيحُ ، فهذا شىءٌ لا يقْبَلُ نِزاعًا أَلْبَتَّةَ ؛ لما فيه مِنَ النَّصِّ ، فلا يُتَوَهَّمُ خِلافُه . وإنْ أُرِيدَ به الأداءُ عن المالِكِ ، بأنْ أخْرَجَ عنه مِنَ النِّصابِ المَغْصُوبِ ، وهو بعيدٌ جدًّا ، فإنَّ الواقِعَ مِنَ التَّصَرُّفِ للعِبادَةِ إنَّما يكونُ عن الغاصِبِ نَفْسِه ، فلا يُقْبَلُ أيضًا ، خِلافًا لاتِّفاقِنا على اعْتِبارِ نِيَّةِ المالِكِ ، إلَّا أنْ يَمْتَنِعَ مِنَ الأداءِ ، فيَقْهَرَه الإمامُ على الأخْذِ منه ، فيُجْزِئُ فى الظَّاهِرِ ، وليس هذا بواحِدٍ مِنَ الأمْرَيْن ، فلا يُجْزِئُ بوَجْهٍ . ومنها ، كلُّ صَدَقَةٍ ؛ مِن كفَّارَةٍ ، أو نَذْرٍ ، أو غيرِهما ، كالزَّكاةِ سَواءً . ومنها ، عِتْقُ المَغْصُوبِ لا يَنْفُذُ ، بلا خِلافٍ فى المذهبِ . ونصَّ عليه . قالَه الحارِثِىُّ . ومنها ، الوَقْفُ لا يَنْفُذُ فى المَغْصُوبِ ، قَوْلًا واحِدًا . لكِنْ لو كان ثَمَنُ المُعْتَقِ أوِ المَوْقُوفِ مَغْصُوبًا ؛ فإنِ اشْتَرَى بعَيْنِ المالِ ، لم يَنْفُذْ ، [2] وإنِ اشْتَرَى فى الذِّمَّةِ ، ثم نقَدَه ، فإنْ قيلَ بعَدَمِ إفادَةِ المِلْكِ ، لم يَنْفُذْ[2] ، وإنْ قيلَ بالإفادَةِ ، نفَذ العِتْقُ والوَقْفُ . قالَه الحارِثِىُّ . وأمَّا العُقودُ ؛ مِنَ البَيْعِ ، والإجارَةِ ، والنِّكاحِ ، ونحوِها ، فالعَقْدُ باطِلٌ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، ونصَّ عليه . وعليه الأصحابُ . وتقدَّم حِكايَةُ الرِّوايَةِ بالصِّحَّةِ ، والكلامُ عليها ، والرِّوايَةُ بالوَقْفِ على الإجازَةِ .

---

(١) فى ط : « الصحة » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

المقنع وَإِنِ اتَّجَرَ بالدَّرَاهِمِ ، فَالرِّبْحُ لِمَالِكِهَا .

الشرح الكبير **٢٣٦٠ – مسألة** : (وإنِ اتَّجَرَ بالدَّرَاهِمِ ، فالرِّبْحُ لمالِكِها) إذا غَصَب أثمانًا فاتَّجَرَ بها ، أو عُرُوضًا فباعَها واتَّجَرَ بثَمَنِها ، فقال أصحابُنا : الرِّبْحُ للمالِكِ ، والسِّلَعُ المُشْتَراةُ له . وقال الشَّريفُ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو الخَطَّابِ : إن كان الشِّراءُ بعَيْنِ المالِ ، فالرِّبْحُ للمالِكِ ؛ لأنَّه نَماءُ مِلْكِه . قال الشَّرِيفُ : وعن أحمدَ ، أنَّه يَتَصَدَّقُ به ؛ لوُقُوعِ الخِلَافِ فيه .

الإنصاف (١**تنبيه** : قَوْلُه : وتَصَرُّفاتُ الغاصِبِ الحُكْمِيَّةُ . أى التى يُحْكَمُ عليها بصِحَّةٍ أو فَسادٍ . احْتِرازًا مِن غيرِ الحُكْمِيَّةِ ، كإتْلافِ المَغْصُوبِ ؛ كأكْلِه الطَّعامَ ، أو إشْعالِه الشَّمْعَ ، ونحوِهما ، وكلُبْسِه الثَّوْبَ ، ونحوِه ، فإنَّ هذا لا يُقالُ فيه صحيحٌ ولا فاسِدٌ . واللهُ أعلمُ . قال ابنُ نَصْرِ اللهِ فى « حَواشِى الفُروعِ[٢] » : وقوْلُه : الحُكْمِيَّةُ احْتِرازٌ مِنَ التَّصَرُّفاتِ الصُّورِيَّةِ . فالحُكْمِيَّةُ ؛ ما له حُكْمٌ من صِحَّةٍ وفَسادٍ ؛ كالبَيْعِ ، والهِبَةِ ، والوَقْفِ ، ونحوِه . والصُّورِيَّةُ ؛ كطَحْنِ الحَبِّ ، ونَسْجِ الغَزْلِ ، ونَجْرِ الخَشَبِ ، ونحوِه . انتهى . وهو كالذى قبلَه١) .

قوله : وإن اتَّجَرَ بالدَّراهِمِ ، فالرِّبْحُ لمالِكِها . يعْنِى ، إذا اتَّجَرَ بعَيْنِ المالِ ، أو بثَمَنِ الأعْيانِ المَغْصُوبَةِ ، فالمالُ ورِبْحُه لمالِكِها . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، ونصَّ عليه ، ونقَلَه الجماعَةُ ، وعليه الأصحابُ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : قال أصحابُنا : الرِّبْحُ للمالِكِ ، والسِّلَعُ المُشْتَراةُ له . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . واحْتَجَّ أحمدُ بخَبَرِ

(١ – ١) سقط من : الأصل ، ط .

(٢) فى ا : « الوجيز » .

المقنع

وَإِنِ اشْتَرَى فِى ذِمَّتِهِ ثُمَّ نَقَدَهَا ، فَكَذَلِكَ . وَعَنْهُ ، الرِّبْحُ لِلْمُشْتَرِى .

الشرح الكبير

٢٣٦١ – مسألة : (وإنِ اشْتَرَى فى ذِمَّتِه ثم نَقَدَها ، [1]فكذلك) إذا اشْتَرَى فى ذِمَّتِه[1] ، احْتَمَلَ أن يكونَ الرِّبْحُ للغاصِبِ . وكذلك ذَكَرَه أبو الخَطّابِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، وأحَدُ قَوْلَىِ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّه اشْتَرَى لنَفْسِه فى ذِمَّتِه ، فكان الشِّراءُ له والرِّبْحُ له ، وعليه بَدَلُ المَغْصُوبِ . وهذا قِياسُ قَوْلِ الخِرَقِىِّ ، ورُوِىَ ذلك عن أحمدَ . واحْتَمَل أن يكونَ للمالِكِ ؛ لأنَّه نَماءُ مِلْكِه ، أشْبَهَ ما لو اشْتَرَى بعَيْنِ المالِ . وهذا المَشْهُورُ فى

الإنصاف

عُرْوَةَ بن الجَعْدِ[2] . ونقَل حَرْبٌ فى خَبرِ عُرْوَةَ ، إنَّما جازَ ؛ لأنَّه ، عليه أفْضَلُ الصَّلاةِ والسَّلامِ ، جوَّزَه له . وقيَّد جماعةٌ ؛ منهم صاحِبُ « الفُنونِ » ، و « التَّرْغيبِ » الرِّبْحَ للمالِكِ ، إنْ صحَّ الشِّراءُ ، وأطْلَقَ الأكْثَرُ . وقال الحارِثِىُّ : ويتَخَرَّجُ مِنَ القَوْلِ ببُطْلانِ التَّصُّرفِ رِوايَةٌ بعَدَمِ المِلْكِ للرِّبْحِ ، وهو الأقْوَى . انتهى . وعنه ، يتَصَدَّقُ به . وقيل : لا يصِحُّ بعَيْنِه ، إنْ قُلْنا : النُّقودُ تتَعيَّنُ بالتَّعْيينِ .

قوله : وإنِ اشْتَرَى فى ذِمَّتِه ، ثم نقَدَها ، فكذلك . يعْنِى ، الرِّبْحُ للمالِكِ أيضًا . واعْلَمْ أنَّه إذا اشْتَرَى فى الذِّمَّةِ ، [١٩٩/٢ و] أو باعَ سَلَمًا ، ثم أقْبَضَ المَغْصُوبَ ورَبِحَ ، فالعَقْدُ صحيحٌ ، على المذهبِ ، والإقْباضُ فاسِدٌ . بمَعْنَى ، أنَّه غيرُ مُبْرِئٍ ، وصِحَّةُ العَقْدِ نصَّ عليها فى رِوايَةِ المَرُّوذِىِّ . وحكَى القاضى فى « التَّعْليقِ الكبيرِ » وَجْهًا ، يكونُ العَقْدُ مَوْقوفًا على إجازَةِ المالِكِ ؛ إنْ أجازَه ، صحَّ ، وإلَّا بَطَلَ .

(١ – ١) سقط من : تش ، م .

(٢) تقدم تخريجه فى ٥٦/١١ .

الشرح الكبير

المَذْهَبِ . [٢٩١/٤ظ] قال صاحِبُ « المُحَرَّرِ » : إذا اشْتَرَى فى ذِمَّتِه بنِيَّةِ نَقْدِها ؛ لِئَلَّا يَتَّخِذَ ذلك طَرِيقًا إلى غَصْبِ مالِ الغَيْرِ والتِّجارَةِ به . وإن خَسِر ، فهو على الغاصِبِ ؛ لأنَّه نَقْصٌ حَصَل فى المَغْصُوبِ . وإن دَفَع المالَ إلى مَن يُضارِبُ به ، فالحُكْمُ فى الرِّبْحِ على ما ذَكَرْنا . وليس على المالِكِ مِن أجْرِ العامِلِ شيءٌ ؛ لأنَّه لم يَأْذَنْ له فى العَمَلِ فى مالِه . وإن كان المُضارِبُ عالِمًا بالغَصْبِ ، فلا أَجْرَ له ؛ لأنَّه مُتَعَدٍّ بالعَمَلِ ، ولم يَغُرَّه أحَدٌ . وإن لم يَعْلَمْ ، فعلى الغاصِبِ أَجْرُ مِثْلِه ؛ لأنَّه اسْتَعْمَلَه عَمَلًا بعِوَضٍ لم يَحْصُلْ له ، فلَزِمَه أَجْرُه ، كالعَقْدِ الفاسِدِ .

الإنصاف

قال : وهو أصحُّ ما يُقالُ فى المَسْأَلَةِ . قال الحارِثِىُّ : وهو مأْخُوذٌ مِن مِثْلِه فى مَسْأَلَةِ الفُضُولِىِّ . قال : وهو مُشْكِلٌ ؛ إذْ كيف يَقِفُ تصَرُّفُ الإِنْسانِ لنَفْسِه على إجازَةِ غيرِه ؟ انتهى . وأمَّا الرِّبْحُ ، فقدَّم المُصَنِّفُ هنا أنَّه للمالِكِ ، وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال الشَّارِحُ : هذا المَشْهورُ فى المذهبِ . قال الحارِثِىُّ : هو ظاهِرُ المذهبِ . وجزَم به جماهيرُ الأصحابِ ، حتى أبو الخَطَّابِ فى « رُءوسِ المَسائلِ » . انتهى . وجزَم به فى « الإِرْشادِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، وغيرِهم . وهو مِنَ المُفْرَداتِ . وقال فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » : إذا اشْتَرَى فى ذِمَّتِه بنِيَّةِ نَقْدِها ، فالرِّبْحُ للمالِكِ . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وعنه ، الرِّبْحُ للمُشْتَرِى . وهو احْتِمالٌ فى « الشَّرْحِ » ، وهو قِياسُ قَوْلِ الخِرَقِىِّ . قال الحارِثِىُّ : وهو الأَقْوَى . فعليها ، يجوزُ له الوَطْءُ . ونقَلَه المَرُّوذِىُّ . وعلى هذا ، إنْ أرادَ التَّخَلُّصَ مِن شُبْهَةٍ بيَدِه ،

الشرح الكبير

فصل : وإن أَجَرَ الغاصِبُ المَغْصُوبَ ، فالإجارَةُ باطِلَةٌ ، فى إحْدَى الرِّواياتِ ، كالبَيْعِ ، وللمالِكِ تَضْمِينُ أيُّهما شاءَ أجْرَ المِثْلِ ، فإن ضَمَّنَ المُسْتأْجِرَ ، لم يَرْجِعْ بذلك ؛ لأنَّه دَخَل فى العَقْدِ على أنَّه يَضْمَنُ المَنْفَعَةَ ويَسْقُطُ عنه المُسَمَّى فى العَقْدِ . وإن كان دَفَعَه إلى الغاصِبِ ، رَجَع به . وإن تَلِفَتِ العَيْنُ فى يَدِ المُسْتأْجِرِ ، فلمالِكِها تَضْمِينُ مَن شاءَ منهما قِيمَتَها ، فإن ضَمَّنَ المُسْتأْجِرَ ، رَجَع بذلك على الغاصِبِ[1] ؛ لأنَّه دَخَل معه على أنَّه لا يَضْمَنُ العَيْنَ ، ولم يَحْصُلْ له[2] بَدَلٌ فى مُقابَلَةِ ما غَرِمَ . وإن كان عالِمًا بالغَصْبِ ، لم يَرْجِعْ على الغاصِبِ ؛ لأنَّه دَخَل على بَصِيرَةٍ ، وحَصَل

الإنصاف

اشْتَرى فى ذِمَّتِه ، ثم نقَدَها . وقالَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وذكَرَه عن أحمدَ .

فوائد ؛ الأُولَى ، لوِ اتَّجَرَ بالوَدِيعَةِ ، فالرِّبْحُ للمالِكِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، ونصَّ عليه فى رِوايَةِ الجماعةِ . ونقَل حَنْبَلٌ ، ليس لواحِدٍ منهما ، ويتَصَدَّقُ به . قال الحارِثِيُّ : وهذا مِن أحمدَ مُقْتَضٍ لبُطْلانِ العَقْدِ ، وذلك وَفْقَ المذهبِ المُخْتارِ فى تَصَرُّفِ الغاصِبِ ، وهو أقْوَى . انتهى . الثَّانيةُ ، لو قارَضَ بالمَغْصوبِ ، أو الوَدِيعَةِ ، فالرِّبْحُ على ما تقدَّم ، ولا شئَ للعامِلِ على المالِكِ ، وإنْ عَلِمَ ، فلا شئَ له على الغاصِبِ أيضًا ، وإلَّا فله عليه أُجْرَةُ المِثْلِ . الثَّالثةُ ، إجارَةُ الغاصِبِ للمَغْصُوبِ . وهو كالبَيْعِ ، كما تقدَّم ، وهو داخِلٌ فى كلامِ المُصَنِّفِ ، والأُجْرَةُ للمالِكِ . نصَّ عليه . وظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّ المُسَمَّى هو الواجِبُ للمالِكِ . قالَه الحارِثِيُّ . وقال المُصَنِّفُ وغيرُه : إنَّ الواجِبَ أُجْرَةُ المِثْلِ . قال

---

(١) فى م : « الغارم » .

(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

التَّلَفُ فى يَدِه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمانُ عليه ، فإن ضَمَّنَ الغاصِبَ الأَجْرَ والقِيمَةَ ، رَجَع بالأَجْرِ على المُسْتَأْجِرِ ، عَلِم أو لم يَعْلَمْ ، ويَرْجِعُ بالقِيمَةِ إن كان المُسْتَأْجِرُ عَلِمَ بالغَصْبِ . وهذا قولُ الشافِعِىِّ ، ومحمدِ بنِ الحسنِ ، فى هذا الفَصْلِ . وحُكِىَ عن أبى حنيفةَ ، أنَّ الأَجْرَ للغاصِبِ دونَ صاحِبِ الدّارِ . وهو فاسِدٌ ؛ لأنَّ الأَجْرَ عِوَضُ المنافعِ المَمْلُوكَةِ لرَبِّ الدّارِ ، فلم يَمْلِكْها الغاصِبُ ، كعِوَضِ الأَجْزاءِ .

الإنصاف

الحارِثِىُّ : وهو أقْوَى . الرَّابعةُ ، لو أنْكَحَ الأَمَةَ المَغْصُوبَةَ ، ففى البُطْلانِ والصِّحَّةِ ما قالَه المُصَنِّفُ فى المَتْنِ . قال الحارِثِىُّ : والتَّصْحيحُ لا أصْلَ له ؛ فإنَّه مُقْتَضٍ لنَفْىِ اشْتِراطِ الوَلِىِّ فى النِّكاحِ ، وهو خِلافُ المذهبِ . لكِنْ قد يقْرُبُ إجْراؤُه مَجْرَى الفُضُولِىِّ ، فتأْتِى رِوايَةُ الانْعِقادِ مع الإِجازَةِ . الخامسةُ ، لو وَهَبَ المَغْصُوبَ ، ففيه الخِلافُ السَّابِقُ . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ البُطْلانُ ، على ما تقدَّم . السَّادِسَةُ ، تذْكِيَةُ الغاصِبِ الحَيوانَ المَأْكُولَ . وفى إفادتِها لحِلِّ الأَكْلِ رِوايَتان ؛ إحْداهما ، هو مَيْتَةٌ ، لا يَحِلُّ أكْلُه مُطْلَقًا . جزَم به أبو بَكْرٍ فى « التَّنْبيهِ » . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، يحِلُّ . قال الحارِثِىُّ : وهو قَوْلُ الأَكْثَرِين . انتهى . وهذا المذهبُ ، وهو قَوْلُ غيرِ أبِى بَكْرٍ مِنَ الأصحابِ . قالَه فى « القاعِدَةِ الثَّانيةِ بعدَ المِائَةِ » . (1) وقد نبَّهَ عليه المُصَنِّفُ قبلَ ذلك ، فيما إذا ذَبَحَ الشَّاةَ وشَواها(1) . ويأْتِى نَظِيرُ ذلك فى ذَبْحِ السَّارِقِ الحَيوانَ المَسْروقَ ، فى بابِ القَطْعِ فى السَّرِقَةِ . ومِن جُمْلَةِ المَسائلِ المُتَعَلِّقَةِ بذلك ؛ التَّذْكِيَةُ بالآلَةِ المَغْصُوبَةِ ، وكذلك التَّزَوُّجُ بمالٍ مَغْصُوبٍ . وفى كلِّ واحِدٍ منهما خِلافٌ يأْتِى .

(1 - 1) زيادة من : ا .

المقنع

وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى قِيمَةِ الْمَغْصُوبِ ، أَوْ قَدْرِهِ ، أَوْ صِنَاعَةٍ فِيهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَاصِبِ .

الشرح الكبير

٢٣٦٢ – مسألة : (وإنِ اخْتَلَفَا فى قِيمَةِ المَغْصُوبِ ، أو قَدْرِه ، أو صِناعَةٍ فيه ، فالقولُ قولُ الغاصِبِ) إذا اخْتَلَفَ المالِكُ والغاصِبُ فى قِيمَةِ المَغْصُوبِ ولا بَيِّنَةَ ، فالقولُ قولُ الغاصِبِ ؛ لأنَّ الأصْلَ بَراءَةُ ذِمَّتِه ، فلا يَلْزَمُه ما لم يَقُمْ عليه حُجَّةٌ ، كما لو ادَّعَى عليه دَيْنًا فأقَرَّ ببَعْضِه . وكذلك إنِ اخْتَلَفَا فى قَدْرِه ، فقال : غَصَبْتَنِى مِائَةً . قال : بل خَمْسِين . [٢٩٢/٤و] لِما ذَكَرْنا . وكذلك إن قال المالِكُ : كان كاتِبًا – أو – له صِناعَةٌ . فأنْكَرَ الغاصِبُ ، فالقولُ قولُه كذلك[1] . فإن شَهِدَتِ البَيِّنَةُ بالصِّفَةِ ، ثَبَتَتْ .

الإنصاف

قوله : وإنِ اخْتَلَفا فى قِيمَةِ المَغْصُوبِ ، أو قَدْرِه ، أو صِناعَةٍ فيه ، فالقَوْلُ قَوْلُ الغاصِبِ . لا أعلمُ فيه خِلافًا .

فائدة : لو اخْتَلَفا فى تَلَفِ المَغْصُوبِ ، فالقَوْلُ قَوْلُ الغاصِبِ فى تَلَفِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفروعِ » : قُبِلَ قَوْلُ الغاصِبِ فى الأصحِّ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهما . وقدَّمه الحارِثِىُّ . وقيل : القَوْلُ قَوْلُ المالِكِ . اخْتارَه الحارِثِىُّ . وهما احْتِمالَان مُطْلَقان فى « التَّلْخيصِ » . فعلى المذهبِ ، للمَغْصُوبِ منه أنْ يُطالِبَ الغاصِبَ ببَدَلِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الفرُوعِ » . وصحَّحه الحارِثِىُّ ، واخْتارَه المُصَنِّفُ . وقيل : ليس له مُطالَبَتُه ؛ لأنَّه لا يَدَّعِيه .

---

(١) فى الأصل ، تش : « لذلك » .

المقنع وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى رَدِّهِ ، أَوْ عَيْبٍ [١٤١ظ] فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ .

الشرح الكبير **٢٣٦٣** - مسألة : (وإنِ اخْتَلَفَا فى رَدِّه ، أو عَيْبٍ ، فالقولُ قولُ المالِكِ) لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ الرَّدِّ وبَقاؤُه فى يَدِ الغاصِبِ . وإن قال الغاصِبُ : كانت فيه سَلْعَةٌ - أو - إصْبَعٌ زائِدَةٌ - أو - عَيْبٌ . وأنْكَرَ المالِكُ ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ ذلك . وإنِ اخْتَلَفا بعدَ زِيادَةِ قِيمَةِ المَغْصُوبِ فى وَقْتِ الزِّيادَةِ ، فقال المالِكُ : زادَتْ قبلَ تَلَفِه . وقال الغاصِبُ : بعدَ تلَفِه . فالقولُ قولُ الغاصِبِ ؛ لأنَّ الأصْلَ بَراءَةُ ذِمَّتِه . وإن (1 شاهَدَتِ البَيِّنَةُ 1) العَبْدَ مَعِيبًا ، فقال الغاصِبُ : كان مَعِيبًا قبلَ غَصْبه . وقال المالِكُ : تَعَيَّبَ عندَك . فالقولُ قولُ الغاصِبِ ؛ لأنَّه غارِمٌ ، ولأنَّ الظّاهِرَ أنَّ صِفَةَ العَبْدِ لم تَتَغَيَّرْ . ويَتَخَرَّجُ أنَّ القولَ قولُ المالِكِ ، كما إذا اخْتَلَفَ البائِعُ والمُشْتَرِى فى العَيْبِ : هل كان عندَ البائِعِ ، أو حَدَثَ عندَ المُشْتَرِى ؟ فإنَّ فيه رِوايَةً ،

الإنصاف قوله : وإنِ اخْتَلَفا فى رَدِّه ، أو عَيْبٍ ، فالقَوْلُ قَوْلُ المالِكِ . بلا نِزاعٍ أعْلَمُه . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . لكِنْ لو شاهَدَتِ البَيِّنَةُ العَبْدَ مَعِيبًا عندَ الغاصِبِ ، فقال المالِكُ : حدَثَ عندَ الغاصِبِ . وقال الغاصِبُ : بل كانَ فيه قبلَ غَصْبه . فالقَوْلُ قَولُ الغاصِبِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » وغيرِه . وقدَّمه فى « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الشَّرْحِ » ، وقال : ويَتَخَرَّجُ أنَّ القَوْلَ قَوْلُ المالِكِ . كما لو تَبايَعا واخْتَلَفا فى عَيْبٍ ؛ هل كان عندَ البائعِ ، أو حدَثَ عندَ المُشْتَرِى ؟ فإنَّ فيه رِوايَةً ، أنَّ القَوْلَ قَولُ البائعِ . كذلك هذا ؛ إذِ الأصْلُ السَّلامَةُ ، وتأَخُّرُ

(1 - 1) فى م : « شاهدنا » .

المقنع

وَإِنْ بَقِيَتْ فِى يَدِهِ غُصُوبٌ لَا يَعْرِفُ أَرْبَابَهَا ، تَصَدَّقَ بِهَا عَنْهُمْ ، بِشَرْطِ الضَّمَانِ ، كَاللُّقَطَةِ .

الشرح الكبير

أنَّ القَوْلَ قولُ البائعِ ، كذلك هذا . وإن غَصَبَه خَمْرًا ، فقال المالِكُ : تخَلَّلَ عندَك . وأنْكَرَ الغاصِبُ ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ تغَيُّرِه وبَرَاءَةُ ذِمَّةِ الغاصِبِ . وإنِ اخْتَلَفَا فى تَلَفِه ، فالقولُ قولُ الغاصِبِ إذا ادَّعَى التَّلَفَ ؛ لأنَّه أعْلَمُ بذلك ، وتَتَعَذَّرُ إقامَةُ البَيِّنَةِ عليه ، فإذا حَلَف ، فللمالِكِ المُطالَبَةُ بِبَدَلِه ؛ لأنَّه تعَذَّرَ رَدُّ العَيْنِ ، فلَزِمَ بَدَلُها ، كما لو غَصَب عَبْدًا فأَبَقَ . وقيلَ : ليس له المُطالَبَةُ بالبَدَلِ ؛ لأنَّه لا يَدَّعِيه . وإن قال : غَصَبْتَ منى حَدِيثًا . قال : بل عَتِيقًا . فالقولُ قولُ الغاصِبِ ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ وُجُوبِ الحَدِيثِ ، وللمالِكِ المُطالَبَةُ بالعَتِيقِ ؛ لأنَّه دُونَ حَقِّه . وإنِ اخْتَلَفا فى الثِّيابِ التى على العَبْدِ ، فهى للغاصِبِ ؛ لأنَّها فى يَدِه ، فكان القَولُ قَوْلَه فيها ، ولم يَثْبُتْ أنَّها كانت لمالِكِ العَبْدِ .

٢٣٦٤ - مسألة : (وإن بَقِيَتْ فى يَدِه غُصُوبٌ لا يَعْلَمُ أرْبابَها ، تَصَدَّقَ بها عنهم ، بشَرْطِ الضَّمانِ ، كاللُّقَطَةِ) [٢٩٢/٤ظ] لأنَّه عاجِزٌ عن

الإنصاف

الحُدوثُ عن وَقْتِ الغَصْبِ . انتهى . قلتُ : هذه الرِّوايةُ اخْتارَها جماعَةٌ مِنَ الأصحابِ هناك ، على ما تقدَّم فى الخِيارِ فى العَيْبِ .

قوله : وإنْ بَقِيَتْ فى يَدِه غُصُوبٌ لا يَعْرِفُ أَرْبابَها ، تَصَدَّقَ بها عنهم ، بشَرْطِ [١٩٩/٢ ظ] الضَّمانِ ، كاللُّقَطَةِ . إذا بَقِىَ فى يَدِه غُصُوبٌ لا يَعْرِفُ أصحابَها ، فسَلَّمَها إلى الحاكمِ ، بَرِئَ من عُهْدَتِها ، بلا نِزاعٍ . ويجوزُ له الصَّدَقَةُ بها عنهم بشَرْطِ ضَمانِها ، ويَسْقُطُ عنه إثْمُ الغَصْبِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه

الشرح الكبير

رَدُّها على أصحابِها ، فإذا تَصَدَّقَ بها عنهم كان ثَوابُها لأرْبابِها ، فيُسْقِطُ ذلك إثْمَ غَصْبِها ، ولأنَّ قَضاءَ الحُقُوقِ فى الآخِرَةِ بالحَسَناتِ وحَمْلِ السَّيِّئاتِ ، فإذا طُلِبَ منه عِوَضُ الغَصْبِ أحالَهُم بثَوابِ الصَّدَقَةِ . (١)وعنه فى اللُّقَطَةِ ، لا تَجُوزُ الصَّدَقَةُ(١) بها . فيُخَرَّجُ هٰهُنا مثلُه . فعلى هذا ، له دَفْعُه إلى نائِبِ الإمَامِ ، كالضَّوَالِّ .

الإنصاف

الأصحابُ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . قال فى « القاعِدَةِ السَّابِعَةِ والتِّسْعِين » : لم يذْكُرْ أصحابُنا فيه خِلافًا . وقال فى « القاعِدَةِ السَّادِسَةِ بعدَ المِائَةِ » : ويتَصَدَّقُ بها عنه ، على الصَّحيحِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهما . نقَل المَرُّوذِىُّ ، يُعْجِبُنِى الصَّدَقَةُ بها . وقال فى « الغُنْيَةِ » : عليه ذلك . ونقَل أيضًا ، على فُقراءِ مَكانِه ، إنْ عرَفَه . ونقَل صالِحٌ ، أو بقِيمَتِه . وله شِراءُ عَرْضٍ بنَقْدٍ ، ويتَصَدَّقُ به ، ولا تجوزُ مُحاباةُ قَريبٍ وغيرِه . نصَّ عليهما . وظاهِرُ نَقْلِ حَرْبٍ ، فى الثَّانِيَةِ ، الكَراهَةُ . قال فى « الفُروعِ » : وهو ظاهِرُ كلامِهم فى غيرِ مَوْضِعٍ . انتهى . وعنه ، ليس له الصَّدَقَةُ بها . ذكَرَها القاضى فى كتابِ « الرِّوايتَيْن » . وهو تخْريجٌ فى « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » .

فائدتان ؛ إحْداهما ، قال الحارِثِىُّ وغيرُه : وكذا الرُّهونُ ، والوَدائِعُ ، وسائرُ الأماناتِ ، كالأَموالِ المُحَرَّمَةِ فيما ذكَرْنا . وذكَر نُصوصًا فى ذلك . وتقدَّم حُكْمُ الرُّهونِ فى آخِرِ الرَّهْنِ ، ويأْتِى قريبًا مِن ذلك ، فى بابِ أدَبِ القاضى ، عندَ حُكْمِ الهَدِيَّةِ ، والرِّشْوَةِ ، وتأْتِى مسْأَلةُ الوَديعَةِ فى بابِها ، وهل يَلْزَمُ الحاكِمَ الأَخْذُ ، أم

(١ - ١) سقط من : الأصل .

لا ؟ الثَّانيةُ ، لا يجوزُ لمَن هذه الأشْياءُ فى يَدِه ، وقُلْنا : له الصَّدَقَةُ بها . أنْ يأْخُذَ منها لنَفْسِه إذا كان مِن أهْلِ الصَّدَقَةِ . نصَّ عليه . وخرَّج القاضى جَوازَ الأكْلِ منها إذا كان فَقِيرًا ، على الرِّوايتَيْن فى شِراءِ الوَصِىِّ مِن نَفْسِه . نقَلَه عنه ابنُ عَقِيلٍ فى « فُنونِه » ، وأفْتَى به الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ فى الغاصِبِ إذا تابَ .

تنبيه : ظاهِرُ قوْلِه : لا يعْرِفُ أرْبابَها . أنَّه لا يتَصَدَّقُ بها إلَّا مع عدَمِ مَعْرِفَةِ أرْبابِها ، سواءٌ كان قليلًا أو كثيرًا ، وهو المذهبُ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . ونقَل الأثْرَمُ وغيرُه ، له الصَّدَقَةُ بها إذا عَلِمَ ربَّها ، وشَقَّ دَفْعُه إليه ، وهو يَسِيرٌ ، كحَبَّةٍ . وقطَع به فى « القاعِدَةِ السَّابعَةِ والتِّسْعِين » ، فقال : له الصَّدقَةُ به عنه . نصَّ عليه فى مَواضِعَ . وقال الحارِثِىُّ : إذا عَلِمَ الغاصِبُ المالِكَ ، فهنا حالَتان ؛ إحْداهما ، انْقِطاعُ خَبَرِه لغَيْبَةٍ ؛ إمَّا ظاهِرُها السَّلامَةُ ؛ كالتِّجارَةِ ، والسِّياحَةِ ، ومضَتْ مُدَّةُ الإياسِ ، ولا وارِثَ له ، تصَدَّقَ بها كما لو جَهِلَ . نصَّ عليه . وإمَّا ظاهِرُها الهَلاكُ ؛ كالمَفْقُودِ مِن بين أهْلِه ، أو فى مَهْلَكَةٍ ، أو بينَ الصَّفَّيْن ، ونحوِه ، وكذلك أرْبَعُ سِنِين ، وأرْبعَةُ أشْهُرٍ وعَشْرٌ ، ولا وارِثَ له ، تصَدَّقَ به أيضًا . نصَّ عليه . وإنْ كان له وارِثٌ ، سلَّمَ إليه . وأنْكَرَ أبو بَكْرٍ الزِّيادَةَ على الأرْبَعِ سِنِين ، وقال : لا مَعْنَى للأرْبعَةِ أشْهُرٍ فى ذلك . قال القاضى وغيرُه : أصْلُ المَسْأَلةِ ، هل يُقْسَمُ مالُ المَفْقُودِ للمُدَّةِ التى تُباحُ زَوْجَتُه فيها ، أو لأرْبَعِ سِنِين فقط ؟ على رِوايتَيْن . وإنْ لم تَمْضِ المُدَّةُ المُعْتَبَرَةُ ، ففى المالِ المُحَرَّمِ يتَعَيَّنُ التَّسْليمُ إلى الحاكمِ مِن غيرِ انْتِظارٍ . وأمَّا ما اؤْتُمِنَ عليه ؛ كالوَدِيعَةِ ، والرَّهْنِ ، فليس عليه الدَّفْعُ إليه . الحالةُ الثَّانيةُ ، أنْ يعْلَمَ وُجودَه ، فإنْ كان غائبًا ، سلَّمَ إلى وَكِيلِه ، وإلَّا فإلى الحاكمِ ، وإنْ كان حاضِرًا ، فإليه أو إلى وَكِيلِه . وإنْ عَلِمَ مَوْتَه ، فإلى وَرَثَتِه ، فإنْ لم يكُنْ له وَرَثَةٌ ، تصَدَّقَ به . نصَّ عليه . ولا يكونُ لبَيْتِ المالِ فيه شىءٌ . ويأْتِى

الإنصاف إذا كسَبَ مالًا حَرامًا برِضَا الدَّافِعِ ، ونحوُه ، فى باب أدَبِ القاضى ، عندَ الكلامِ على الهَدِيَّةِ للحاكمِ .

تنبيه : قوْلُ المُصَنِّفِ : كاللُّقَطَةِ . قال الحارِثِيُّ : الأَلْيَقُ فيه التَّشْبيهُ بأصْلِ الضَّمانِ ، لا فى مَضْمُونِ الصَّدَقَةِ والضَّمانِ ، فإنَّ المذهبَ فى اللُّقَطَةِ التَّمَلُّكُ لا التَّصَدُّقُ . انتهى . قلتُ : بل الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ جَوازُ التَّصَدُّقِ باللُّقَطَةِ التى لا تُمْلَكُ بالتَّعْريفِ ، على ما يأْتِى مِن كلامِ المُصَنِّفِ فى اللُّقَطَةِ . قال الشَّارِحُ هنا : وعنه فى اللُّقَطَةِ ، لا تجوزُ الصَّدَقَةُ بها . فيتَخَرَّجُ هنا مِثْلُه .

فوائد ؛ إحْداها ، قال فى « الفُروعِ » : لم يذْكُرِ الأصحابُ فى ذلك سِوَى الصَّدَقَةِ بها . ونقَل إبْراهِيمُ بنُ هانِئٍ ، يتَصَدَّقُ بها ، أو يَشْتَرِى بها كِراعًا ، أو سِلاحًا يُوقَفُ ، هو مَصْلَحَةٌ للمُسْلِمين . انتهى . قلتُ : قد ذكَر ذلك الحارِثِيُّ ، وقال عن ذلك : يُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ الصَّدَقَةِ . انتهى . قال فى « الفُروعِ » : وسأَلَه جَعْفَرٌ[1] عن مَن ماتَ ، وكان يدْخُلُ فى أُمُورٍ تُكْرَهُ ، فيُرِيدُ بعضُ وَلَدِه التَّنَزُّهَ ؟ فقال إذا دفَعَها إلى المَساكِينِ ، فأَىُّ شَىءٍ بَقِىَ عليه ؟ واسْتَحْسَنَ أنْ يُوقِفَها على المَساكِينِ . ويتَوَجَّهُ على أفْضَلِ البِرِّ . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : تُصْرَفُ فى المَصالِحِ . وقالَه فى وَديعَةٍ ، وغيرِها ، وقال : قالَه العُلَماءُ ، وأنَّه مذهبُنا ، ومذهبُ أبى حَنِيفَةَ ، ومالكٍ . وهذا مُرادُ أصحابِنا ؛ لأنَّ الكُلَّ صَدَقَةٌ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : مَن تَصَرَّفَ [٢٠٠/٢ و] فيه بوِلايَةٍ شَرْعِيَّةٍ ، لم يضْمَنْ . وقال : ليس لصاحِبِه ، إذا عُرِفَ ، ردُّ المُعاوَضَةِ ؛ لثُبوتِ الوِلايَةِ عليها شَرْعًا للحاجَةِ ، كمَن ماتَ ولا وَلِىَّ له ولا حاكِمَ . مع أنَّه ذكَر أنَّ مذهبَ أحمدَ وَقْفُ العَقْدِ للحاجَةِ ؛ لفَقْدِ المالكِ ،

(١) فى الفروع ٥١٣/٤ : « المروذى » .

المقنع

فَصْلٌ : وَمَنْ أَتْلَفَ مَالًا مُحْتَرَمًا لِغَيْرِه ، ضَمِنَهُ .

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَضِيَ اللهُ عنه : (ومَن أَتْلَفَ مالًا مُحْتَرَمًا لغيرِه ، ضَمِنَه) إذا كان بغيرِ إذْنِه . لا نَعْلَمُ فى ذلك خِلافًا ؛ لأنَّه فَوَّتَه عليه ، فوَجَبَ عليه ضَمانُه ، كما لو غَصَبَه فتَلِفَ عندَه .

الإنصاف

ولغيرِ حاجَةٍ، الرِّوايَتان . وقال فى مَنِ اشْتَرَى مالَ مُسْلِمٍ مِنَ التَّتَرِ لمَّا دخَلُوا الشَّامَ : إنْ لم يُعْرَفْ صاحِبُه ، صُرِفَ فى المَصالِحِ ، وأُعْطِىَ مُشْتَرِيه ما اشْتَراه به ؛ لأنَّه لم يَصِرْ لها إلَّا بنَفقَتِه ، وإنْ لم يقْصِدْ ذلك . كما رجَّحه فى مَنِ اتَّجَرَ بمالِ غيرِه ، ورَبِحَ . ونصَّ فى وَدِيعَةٍ ، تُنْتَظَرُ ، كمالِ مَفْقُودٍ ، وأنَّ جائزَةَ الإمامِ أحَبُّ إليه مِنَ الصَّدَقَةِ . قال القاضى : إنْ لم يعْرِفْ أنَّ عَيْنَه مَغْصُوبٌ ، فله قَبُولُه . وسوَّى ابنُ عَقِيلٍ وغيرُه بينَ وَدِيعَةٍ وغَصْبٍ ، وذكَرَهما الحَلْوانِىُّ ، كرَهْنٍ . الثَّانيةُ ، إذا تصدَّقَ بالمالِ ، ثم حضَر المالِكُ ، خُيِّرَ بينَ الأَجْرِ وبينَ الأخْذِ مِنَ المُتَصدِّقِ ؛ فإنِ اخْتارَ الأَجْرَ ، فذاك وإنِ اخْتارَ الأخْذَ ، فله ذلك ، والأَجْرُ للغارِمِ . نصَّ عليه فى الرَّهْنِ ، قالَه الحارِثِىُّ . الثَّالثةُ ، إذا لم يَبْقَ دِرْهَمٌ مُباحٌ ، فقال فى « النَّوادِرِ » : يأْكُلُ عادَتَه ، لا ما له عنه غُنْيَةٌ ؛ كحَلْواءَ ، وفاكِهَةٍ .

قوله : ومَن أتْلَفَ مالًا مُحْتَرَمًا لغيرِه ، ضَمِنَه . سواءٌ كان عَمْدًا أو سَهْوًا . ومَفْهومُه ، أنَّ غيرَ المُحْتَرَمِ لا يضْمَنُه ؛ كمالِ الحَرْبِىِّ ، والصَّائلِ ، والعَبْدِ فى حالِ قَطْعِه الطَّرِيقَ ، ونحوِه . وهو كذلك .

تنبيه : يُسْتَثْنَى مِن قوْلِه : ومَن أتْلَفَ مالًا مُحْتَرَمًا ، ضَمِنَه . الحَرْبِىُّ إذا أتْلَفَ مالَ المُسْلِمِ ، فإنَّه لا يضْمَنُه .

الإنصاف **فوائد** ؛ منها ، قال فى « الفائقِ » : قلتُ : ولو أتْلَفَ لغيرِه وَثِيقَةً بمالٍ ، لا يثْبُتُ ذلك المالُ إلَّا بها ففى إلْزامِه ما تضَمَّنَتْه احْتِمالان ؛ أحدُهما ، يَلْزَمُه ، كقَوْلِ المالِكيَّةِ . انتهى . قلتُ : وهذا الصَّوابُ . وقال فى « الفُروعِ » ، فى بابِ القَطْعِ فى السَّرِقَةِ : وإنْ سَرَق فَرْدَ خُفٍّ ، قِيمَةُ كلٍّ واحدٍ منهما مُنْفَرِدًا دِرْهَمان ، ومعًا عَشَرَةٌ ، ضَمِنَ ثمانِيَةً ؛ قِيمَةُ المُتْلَفِ خَمْسَةٌ ، ونقصُ التَّفْرِقَةِ ثَلاثَةٌ . وقيل : دِرْهَمَيْن ، ولا قَطْعَ . قال : وضَمانُ ما فى وَثِيقَةٍ أتْلَفَها ، إنْ تعَذَّرَ ، يتَوَجَّهُ تخْرِيجُه عليها . انتهى . وقال ابنُ نَصْرِ اللهِ فى « حَواشِى الفُروعِ » : وقد يُخَرَّجُ الضَّمانُ للوَثيقَةِ مِن مَسْألَةِ الكَفالَةِ ؛ فإنَّها تَقْتَضِى إحْضارَ المَكْفُولِ ، أو ضَمانَ ما عليه ، وهنا ؛ إمَّا أنْ يُحْضِرَ الوَثِيقَةَ ، أو يَضْمَنَ ما فيها ، إنْ تعَذَّرَتْ . ومنها ، لو أُكْرِهَ على إتْلافِ مالِ الغيرِ ، فقيل : يضْمَنُه مُكْرِهُه . قطَع به القاضى فى كِتابِه « الأمْرُ بالمَعْرُوفِ ، والنَّهْىُ عنِ المُنْكَرِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « عُمَدِ الأدِلَّةِ » . قالَه فى « القَواعِدِ » . وقيل : هو كمُضْطَرٍّ . قال فى « التَّلْخيصِ » : يجِبُ الضَّمانُ عليهما . واقْتَصَر عليه الحارِثِىُّ . وهو احْتِمالٌ للقاضى ، فى بعضِ تَعالِيقِه . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » ، و « القَواعِدِ » . وقال فى « الرِّعايَةِ » : وإنْ أُكْرِهَ على إتْلافِه ، ضَمِنَه . يعْنِى المُباشِرَ ، وقطَع به . انتهى . فإذا ضَمِنَ المُباشِرُ ، إنْ كان جاهِلًا ، رجَع على مُكْرِهِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الرِّعايَةِ » . وصحَّحه فى « الفُروعِ » . وقيل : لا يَرْجِعُ . وإنْ كان عالِمًا ، لم يرْجِعْ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : يَرْجِعُ ؛ لإباحَةِ إتْلافِه ووُجوبه بخِلافِ الإكْراهِ على القَتْلِ . ولم يَخْتَرْه ، بخِلافِ مُضْطَرٍّ . وهل لمالِكِه مُطالَبَةُ مُكْرِهِه إذا كان المُكْرَهُ ، بفتحِ الرَّاءِ ، عالِمًا ، وقُلْنا : له الرُّجوعُ عليه ؟ فيه وَجْهان . وقال فى « الرِّعايتَيْن » : يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . قلتُ : له مُطالَبَتُه . فإنْ قُلْنا : له

المقنع

وَإِنْ فَتَحَ قَفَصًا عَنْ طَائِرِهِ ، أَوْ حَلَّ قَيْدَ عَبْدِهِ ، أَوْ رِبَاطَ فَرَسِهِ ،

الشرح الكبير

٢٣٦٥ – مسألة : (وإن فتح قفصًا عن طائرِه) فطَارَ (أَوْ حَلَّ قَيْدَ عَبْدِه ، أو رِبَاطَ فَرَسِه) [(1)]إذا حَلَّ رِباطَ دابَّةٍ فذَهَبَتْ ، أو فتح قفصًا عن طائِرِه فطار ، ضَمِنَهما[(1)] . وبه قال مالِكٌ . وقال أبو حنيفةَ ، والشافِعِيُّ : لا ضَمانَ عليه ، إلَّا أن يكونَ أهَاجَهُما حتى ذَهَبَا . وقال أصحابُ الشافِعِيِّ : إن وَقَفَا بعدَ الحَلِّ والفَتْحِ ، ثم ذَهَبَا ، لم يَضْمَنْهُما ،

الإنصاف

مُطالَبَته . وطالَبَه ، رجَع على المُتْلِفِ ، إنْ لم يَرْجِعْ عليه . وقيل : الضَّمانُ بينَهما . ومنها ، لو أذِنَ رَبُّ المالِ فى إتْلافِه ، فأتْلَفَه ، لم يَضْمَنِ المُتْلِفُ مُطْلَقًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : إنْ عيَّن الوَجْهَ المأْذُونَ فيه ، مع غَرَضٍ صحيحٍ ، لم يضْمَنْ . وقال فى « الفنونِ » : لو أذِنَ فى قَتْلِ عَبْدِه ، فقتَلَه ، لَزِمَه كفَّارَةٌ للهِ ، وأثِمَ ، ولو أذِنَ فى إتْلافِ مالِه ، سقَطَ الضَّمانُ والمَأْثَمُ ، ولا كفَّارَةَ . وقال بعدَ ذلك : يُمْنَعُ مِن تَضْيِيعِ الحَبِّ والبَذْرِ فى الأرْضِ السَّبِخَةِ بما يقْتَضِى أنَّه مَحَلُّ وِفاقٍ . قال فى « الفُروعِ » : وسبَقَ أنَّه يَحْرُمُ ، فى الأشْهَرِ ، دَفْنُ شيءٍ مع الكَفَنِ .

قوله : وإنْ فتح قفَصًا عن طائرِه ، أو حَلَّ قَيْدَ عَبْدِه ، أو رِباطَ فَرِسه ، ضَمِنَه . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . قال فى « التَّلْخيصِ » : قال أصحابُنا : يَلْزَمُه الضَّمانُ فى جميعِ ذلك ، سواءٌ تعقَّبَ ذلك فِعْلَه ، أو تَراخَى عنه . قال فى « القَواعِدِ » : ذكَرَه القاضى ، والأكْثَرون .

(١ – ١) فى تش ، م : « فذهبت ضمنه » .

الشرح الكبير

وإن ذَهَبَا عَقِيبَ ذلك ، ففيه قَوْلانِ . واحْتَجَّا بأنَّ لهما اخْتِيارًا ، وقد وُجِدَتْ منهما المُباشَرَةُ ، ومِن الفاتِحِ سَبَبٌ غيرُ مُلْجِئٍ ، فإذا اجْتَمَعَا ، لم يَتَعَلَّقِ الضَّمانُ بالسببِ ، كما لو حَفَرَ بِئْرًا فجاء عَبْدٌ لإنْسانٍ فرَمَى نَفْسَه فيها . ولَنا ، أنَّه ذَهَب بسَبَبِ فِعْلِه ، فلَزِمَه الضَّمانُ ، كما لو نَفَّرَه ، أو ذَهَب عَقِيبَ فَتْحِه وحَلِّه ، والمُباشَرَةُ إنَّما حَصَلتْ مِمَّن لا يُمْكِنُ إحالَةُ الحُكْمِ عليه ، فيَسْقُطُ ، كما لو نَفَّرَ الطائِرَ ، وأهَاجَ الدَّابَّةَ ، أو أشْلَى[1] كَلْبًا على صَبِيٍّ فقَتَلَه ، أو أطْلَقَ نارًا فى مَتاعِ إنْسانٍ ، فإنَّ للنارِ فِعْلًا ، لكنْ لَمَّا لم يُمْكِنْ إحالَةُ الحُكْمِ عليها ، كان وُجُودُه كعَدَمِه ، ولأنَّ الطائِرَ وسائِرَ الصَّيْدِ مِن طَبْعِه النُّفورُ ، وإنَّما يَبْقَى بالمانِعِ ، فإذا أُزِيلَ المانِعُ ذَهَبَ بطَبْعِه ، فكان ضَمانُه على مَن أزَالَ المانِعَ ، كمَن قَطَعَ عِلَاقَةَ قِنْدِيلٍ فوَقَعَ فانْكَسَرَ . وهكذا لو حَلَّ قَيْدَ عَبْدٍ فذَهَبَ ، أو أسِيرٍ فأفْلَتَ ؛ لأنَّه تَلِفَ بسَبَبِ فِعْلِه .

الإنصاف

قال الحارِثِىُّ : لا يخْتَلِفُ فيه المذهبُ . وقال فى « الفُنونِ » : إنْ كان الطائِرُ مُتَألِّفًا ، لم يَضْمَنْه . وقال أيضًا : الصَّحيحُ التَّفْرِقَةُ بينَ ما يُحالُ الضَّمانُ على فِعْلِه ؛ كالآدَمِىِّ ، وبينَ ما لا يُحالُ عليه الضَّمانُ ؛ كالحَيواناتِ والجَماداتِ ، فإذا حلَّ قَيْدَ العَبْدِ ، لم يَضْمَنْ . وقيل : لا يضْمَنُ [٢/٢٠٠ ظ] إلَّا إذا ذهَبُوا عَقِبَ الفَتْحِ والحَلِّ . فعلى المذهبِ ، يَضْمَنُه ، سواءٌ ذهَبَ عَقِبَ فِعْلِه ، أو مُتَراخِيًا عنه ، وسواءٌ هيَّجَ الطَّائِرَ والدَّابَّةَ حتى ذهَبا ، أو لم يُهَيِّجْهما . قالَه الأصحابُ .

فوائد ؛ إحْداها ، لو بَقِىَ الطَّيْرُ والفَرَسُ بحالِهما ، حتى نفَّرَهما آخَرُ ، ضَمِنَهما المُنَفِّرُ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ،

---

(١) أشلاه : أغراه .

الشرح الكبير

فأمَّا إن فَتَح القَفَصَ ، وحَلَّ الفرَسَ ، فبَقِيَا واقِفَيْن ، فجاء إنْسانٌ فنَفَّرَهُما فذَهَبَا ، فالضَّمانُ على مُنَفِّرِهما ؛ لأنَّ سَبَبَه أخَصُّ [٢٩٣/٤و] فاخْتَصَّ الضَّمانُ به ، كالدّافِعِ مع الحافِرِ . وإن وَقَع طائِرُ إنْسانٍ على جِدارٍ ، فنَفَّرَه إنْسانٌ فطَارَ ، لم يَضْمَنْه ؛ لأنَّ تَنْفِيرَه لم يَكُنْ سَبَبَ فَواتِه ، فإنَّه كان مُمْتَنِعًا قبلَ ذلك . وإن رَمَاه فقَتَلَه ، ضَمِنَه وإن كان فى دارِه ؛ لأنَّه كان يُمْكِنُه تَنْفِيرُه بغيرِ قَتْلِه . وكذلك لو مَرَّ طائِرٌ فى هَواءِ دارِه فرَمَاه فقَتَلَه ، ضَمِنَه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ مَنْعَ الطائِرِ مِن هَواءِ الدّارِ ، فهو كما لو رَمَاه فى هَواءِ دارِ غيرِه .

الإنصاف

و « الرِّعايةِ » ، وغيرِهم . الثَّانيةُ ، لو دفَع مِبْرَدًا إلى عَبْدٍ فبَرد به قَيْدَه ، فهل يضْمَنُه ، أم لا ؟ وحكَى فى « الفُصولِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايةِ » فيه احْتِمالَيْن ، وحَكاهما فى « الفُروعِ » وَجْهَيْن ، وأطْلَقُوهما . قلتُ : الصَّوابُ الضَّمانُ . وهو ظاهِرُ ما قدَّمه الحارِثِىُّ . ولو دفَع مِفْتاحًا إلى لِصٍّ ، لم يَضْمَنْ . الثَّالثةُ ، لو حَلَّ قَيْدَ أسيرٍ ، ضَمِنَ ، كحَلِّ قَيْدِ العَبْدِ ، وكذا لو فتَح الإِصْطَبْلَ ، فضاعَتِ الدَّابَّةُ ، وكذا لو حَلَّ رِباطَ سَفِينَةٍ ، فغَرِقَتْ ، وسواءٌ كان لعُصُوفِ رِيحٍ ، أو لا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وعلى قَوْلِ القاضى : لا يضْمَنُ العُصُوفَ . الرَّابعةُ ، قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : لو غَرِمَ بسَبَبِ كَذِبٍ عليه ، عندَ وَلِىِّ الأمْرِ ، رجَع على الكاذِبِ . قلتُ : وهو صَحيحٌ . وتقدَّم ذلك وغيرُه فى بابِ الحَجْرِ . الخامسةُ ، لو كانتِ الدَّابَّةُ المَحْمُولَةُ عَقُورًا وجَنَتْ ، ضَمِنَ جنايَتَها . ذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ وغيرُه ، واقْتَصَر عليه فى « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، كما لو حلَّ سِلْسِلَةَ فَهْدٍ ، أو ساجُورَ كَلْبٍ ، فعقَرَ . وإنْ أفْسَدَتْ زَرْعَ إنْسانٍ ، فكإفْسادِ دابَّةِ نفْسِه ، على ما سيَأْتِى . السَّادِسَةُ ، لو وثَبَتْ هِرَّةٌ على الطَّائرِ بعدَ الفَتْحِ ، ضَمِنَه . وقد تضَمَّنَه كلامُ المُصَنِّفِ . وكذا لو كسَر الطَّائرُ فى خُروجِه قارُورَةً ، ضَمِنَها .

المقنع

أَوْ وِكَاءَ زِقٍّ مَائِعٍ ، أَوْ جَامِدٍ فَأَذَابَتْهُ الشَّمْسُ ، أَوْ بَقِيَ بَعْدَ حَلِّهِ قَاعِدًا فَأَلْقَتْهُ الرِّيحُ فَانْدَفَقَ ، ضَمِنَهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَضْمَنُ مَاأَلْقَتْهُ الرِّيحُ .

الشرح الكبير

٢٣٦٦ – مسألة : و إن حَلَّ (وِكَاءَ زِقٍّ مائعٍ ، أو جامِدٍ فأذابَتْه الشمسُ ، أو بَقِيَ بعدَ حَلِّه قاعِدًا ، فألْقَتْه الرِّيحُ فانْدَفَقَ ، ضَمِنَه) إذا حَلَّ وِكَاءَ زِقٍّ مائعٍ فانْدَفَقَ ، أو كان جامِدًا ، فذَابَ بشمسٍ ، أو سَقَط برِيحٍ أو بزَلْزَلةٍ ، ضَمِنَه ، سَواءٌ خَرَج فى الحالِ ، أو قَلِيلًا قَلِيلًا[1] ، أو خَرَجَ منه شيءٌ بَلَّ أسْفَلَه ، فسَقَطَ ، أو ثَقَّلَ أحَدَ جانِبَيه ، فلم يَزَلْ يَمِيلُ قَلِيلًا قليلًا حتى سَقَطَ ، (٢أو سَقَط بزَلْزَلَةٍ أو رِيحٍ ، أو كان جامِدًا فذابَ بشمسٍ٢) ؛ لأنَّه تَلِفَ بسَبَبِ فِعْلِه (وقال القاضى : لا يَضْمَنُ) إذا

الإنصاف

قوله : أو حَلَّ وِكاءَ زِقٍّ مائعٍ أو جامِدٍ ، فأذابَتْه الشَّمْسُ ، أو بَقِيَ بعدَ حَلِّه قاعِدًا ، فألْقَتْه الرِّيحُ ، فانْدَفَقَ ، ضَمِنَه . إذا حَلَّ وِكاءَ زِقٍّ مائعٍ فانْدفَقَ ، ضَمِنَه ، بلا نِزاعٍ أعْلَمُه . وإنْ كان مُنْتَصِبًا ، فسَقَطَ بريحٍ ، أو زَلْزَلَةٍ ، أو طائرٍ ، ضَمِنَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، ونَصرَه المُصَنِّفُ .

وقال القاضى : لا يَضْمَنُ ما ألْقَتْه الرِّيحُ . وكذا قال أبو الخَطَّابِ وغيرُه . وقال

---

(١) سقط من : م .
(٢ – ٢) سقط من : تش ، م .

المقنع

وَإِنْ رَبَطَ دَابَّةً فِى طَرِيقٍ فَأَتْلَفَتْ ، أَوِ اقْتَنَى كَلْبًا عَقُورًا فَعَقَرَ ، أَوْ خَرَقَ ثَوْبًا ضَمِنَ .

الشرح الكبير

سَقَطَ بريحٍ أو زَلْزَلَةٍ ، ويَضْمَنُ فيما سِوَى ذلك . وبه قال أصحابُ الشافعىِّ . ولهم فيما إذا ذابَ بالشمسِ وَجْهانِ ، قالوا : لأنَّ فِعْلَه غيرُ مُلْجِئٍ ، والمَعْنَى الحادِثُ مُباشَرَةٌ ، فلم يتعلَّقِ الضَّمانُ بفِعْلِه ، كما لو دَفَعَه إنْسانٌ . ولَنا ، أنَّ فِعْلَه سَبَبُ تَلَفِه ، ولم يَتَخَلَّلْ بينَهما ما يُمْكِنُ إحالَةُ الحُكْمِ عليه ، فوَجَبَ عليه الضَّمانُ ، كما لو خَرَج عَقِيبَ فِعْلِه ، أو مالَ قَلِيلًا قَلِيلًا ، وكما لو جَرَح إنْسانًا فأصَابَه الحَرُّ أو البَرْدُ فسَرَتِ الجنايَةُ ، فإنَّه يَضْمَنُ . وأمّا إذا دَفَعَه إنْسانٌ ، فإنَّ المُتَخَلِّلَ بينَهما مُباشَرَةٌ مَن تُمْكِنُ الإِحالَةُ عليه ، بخِلافِ مسألَتِنا .

٢٣٦٧ – مسألة : (وإن رَبَط دابَّةً فى طَرِيقٍ فأتْلَفَتْ ، أو اقْتَنَى كَلْبًا عَقُورًا فعَقَرَ ، أو خَرَق ثَوْبًا ، ضَمِن) إذا أوْقَفَ الدّابَّةَ فى طَرِيقٍ ضَيِّقٍ ،

الإنصاف

الحارِثِىُّ : وعنِ القاضى ، وابنِ عَقِيلٍ ، لا يَضْمَنُ . وقدَّمه فى « التَّلْخيصِ » . وإنْ ذابَ بالشَّمْسِ واندفَقَ ، ضَمِنَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال الحارِثِىُّ : وافَقَ على ذلك القاضى ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، وغيرِهما . وقال فى « الفائقِ » : قال القاضى : لا يَضْمَنُ ، فلعَلَّ له قولَيْن . وقال ابنُ عَقِيلٍ : عندِى ، لا فَرْقَ بينَ حَرِّ الشَّمْسِ وهُبوبِ الرِّيحِ ؛ فإمَّا أنْ يسْقُطَ الضَّمانُ فى المَوْضِعَيْن ، أو يجِبَ فيهما . واخْتارَ أنَّه لا ضَمانَ هنا أيضًا . وقال فى « الفُروعِ » : وإنْ حَلَّ وِعاءً فيه دُهْنٌ جامِدٌ ، فذَهَبَ بريحٍ أَلْقَتْه ، أو شَمْسٍ ، فوَجْهان .

قوله : وإنْ ربَط دابَّةً فى طَرِيقٍ فأتْلَفَتْ ، ضَمِنَ . شَمِلَ مَسْأَلَتَيْن ؛ إحْداهما ،

الشرح الكبير

ضَمِن ما جَنَتْ بيَدٍ أو رِجْلٍ أو فَمٍ ؛ لأنه مُتَعَدٍّ بوَقْفِها فيه . وإن كان الطَّرِيقُ واسِعًا ، ضَمِن فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن . وهو مذهبُ الشافِعِىِّ ؛ [٢٩٣/٤ظ] لأنَّ انْتِفاعَه بالطَّرِيقِ مَشْرُوطٌ بالسَّلامَةِ . وكذلك[1] لو تَرَك فى الطَّرِيقِ طِينًا فزَلَقَ به إنْسانٌ ، ضَمِنَه . والثانيةُ ، لا يَضْمَنُ ؛ لأنَّه غيرُ مُتَعَدٍّ بوَقْفِها فى الطَّرِيقِ الواسِعِ ، فلم يَضْمَنْ ، كما لو وَقَفَها فى مَوَاتٍ . وفارَقَ الطِّينَ ؛ فإنَّه مُتَعَدٍّ بتَرْكِه فى الطَّرِيقِ . وأمَّا الكَلْبُ ، فيَلْزَمُه ضَمانُ ما أتْلَفَ ؛ لأنه تَعَدَّى بذلك ، فلَزِمَه الضَّمانُ ، كما لو بَنَى فى الطَّرِيقِ دُكَّانًا .

الإنصاف

أنْ يكونَ الطَّرِيقُ ضَيِّقًا ، فيَضْمَنَ ما أتْلَفَتْ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفُروعِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرِهم . وقالَه ابنُ عَقِيلٍ ، وابنُ البَنَّا ، ولو كان ما أتْلَفَتْه بنَفْحِ رِجْلِها . نصَّ عليه . ومَن ضرَبَها ، فرفَسَتْه ، فماتَ ، ضَمِنَه . ذكَرَه فى « الفُنونِ » . والمَسْألَةُ الثَّانيةُ ، أنْ تكونَ الطَّرِيقُ واسِعَةً . فظاهِرُ ما قطَع به المُصَنِّفُ هنا ، أنَّه يَضْمَنُ . قال الحارِثِىُّ : وكذا أوْرَدَه ابنُ أبِى مُوسى ، وأبو الخَطَّابِ ، مُطْلَقًا ، ونصَّ عليه أحمدُ . انتهى . قلتُ : وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ؛ لإطْلاقِهم الضَّمانَ . وقدَّمه فى « القاعِدَةِ الثَّامِنَةِ والثَّمانِين » ، وقال : هذا المَنْصوصُ . وذكَر النُّصوصَ فى ذلك . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يَضْمَنُ إذا لم تكُنْ فى يَدِه . ذكَرَها القاضى فى « المُجَرَّدِ » . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وأطْلَقهما فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « الفُروعِ » ، و « القَواعِدِ

---

(١) فى تش ، م : « ولذلك » .

المقنع

إِلَّا أَنْ يَكُونَ دَخَلَ مَنْزِلَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ .

الشرح الكبير

٢٣٦٨ – مسألة : (إلا أن يكونَ دَخَل مَنْزِلَه بغيرِ إذْنِه) لأنَّه مُتَعدٍّ بالدُّخُولِ ، فقد تَسَبَّبَ إلى إتْلافِ نَفْسِه بجِنايَتِه ، وإن دَخَل بإذْنِ المالِكِ ، فعليه ضَمانُه ؛ لأنَّه تَسَبَّبَ إلى إتْلافِه . فإن أتْلَفَ الكَلْبُ بغيرِ العَقْرِ ، مثل أن وَلَغ فى إناءِ إنسانٍ أو بالَ ، لم يَضْمَنْه ؛ لأنَّ هذا لا يَختَصُّ الكَلْبَ العَقُورَ . قال القاضى : وإنِ اقْتَنَى سِنَّوْرًا يأْكُلُ أفْراخَ الناسِ ، ضَمِن ما أتْلَفه ، كالكَلْبِ العَقُورِ ، ولا فَرْقَ بينَ اللَّيْلِ والنَّهارِ . فإن لم تَكُنْ له عادةٌ بذلك ،

الإنصاف

الأُصولِيَّةِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . وقال القاضى فى كتابِ « الرِّوايتَيْن » وغيرِه : ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّه لا يَضْمَنُ إذا كان واقِفًا لحاجَةٍ ، والطَّرِيقُ واسِعٌ . قال الحارِثِىُّ : وهو الأقْوَى نظَرًا .

فائدة : لو تَرَكَ طِينًا فى طَرِيقٍ ، فزَلَقَ فيه إنْسانٌ ، أو خَشَبَةً ، أو عَمُودًا ، أو حجَرًا ، أو كِيسَ دَراهِمَ . نصَّ عليه ، أو أسْنَدَ خَشَبَةً إلى حائطٍ ، فتَلِفَ به شئٌ ، ضَمِنَه . جزَم به فى « الفُروعِ » وغيرِه . ويأتِى فى أوَّلِ كتابِ الدِّياتِ ؛ إذا صبَّ ماءً فى طَريقٍ ، أو بالَتْ فيها دابَّتُه ، أو رَمَى قِشْرَ بِطِّيخٍ ، فتَلِفَ به إنْسانٌ ، فى كلامِ المُصَنِّفِ .

قوله : أوِ اقْتَنَى كَلْبًا عَقُورًا فعَقَر ، أو خرَق ثَوْبًا ، إلَّا أنْ يكونَ دخَل مَنْزِلَه بغيرِ إذْنِه . إذا دخَل بَيْتَه بإذْنِه ، فعَقَرَه ، أو خرَق ثَوْبَه ، أو فعَل ذلك خارِجَ البَيْتِ ، ضَمِنَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال الحارِثِىُّ : يَضْمَنُ بغيرِ خِلافٍ فى المذهبِ ، إذا فعَل ذلك خارِجَ المَنْزِلِ . وقال [٢٠١/٢ و] : إذا دخَل بإذْنِه ، يَنْبَغِى تَقْيِيدُه بما ، إذا لم يُنَبِّهْه على الكَلْبِ ، أو على

المقنع وَقِيلَ : فِى الْكَلْبِ رِوَايَتَانِ فِى الْجُمْلَةِ .

الشرح الكبير لم يَضْمَنْ صاحِبُه جنايَتَه ، كالكَلْبِ الذى ليس بعَقُورٍ . ولو أنَّ الكَلْبَ العَقُورَ أو السِّنَّوْرَ حَصَل عندَ إنْسانٍ مِن غيرِ اقْتِنائِه ولا اخْتِيارِه فأفْسَدَ ، لم يَضْمَنْه ؛ لأنَّه لم يَحْصُلِ الإتْلافُ بتَسَبُّبِه . فإنِ اقْتَنَى حَمامًا أو غيرَه مِن الطَّيْرِ فأرْسَلَه نَهارًا ، فلَقَطَ حَبًّا ، لم يَضْمَنْه ؛ لأنَّ العادَةَ إرْسالُه .

٢٣٦٩ - مسألة : (وقيلَ : فى الكَلْبِ رِوَايتانِ فى الجُمْلَةِ) إحداهما ، يَضْمَنُ ، سَواءٌ كان فى مَنْزِلِ صاحِبِه أو خارِجًا ، وسَواءٌ دَخَل بإذْنِ صاحِبِ المَنْزِلِ أو بغيرِ إذْنِه ؛ لأنَّ اقْتِناءَه الكَلْبَ العَقُورَ سَبَبٌ للعَقْرِ وأذَى النَّاسِ ، فضَمِنَ صاحِبُه ، كَمن رَبَط دابَّةً فى طَرِيقٍ ضَيِّقٍ . والثانيةُ ،

الإنصاف كَوْنِه غيرَ مُوثَقٍ ، أمَّا إنْ نبَّه ، فلا ضَمانَ . قال فى « الرِّعايَةِ » : إنْ عقَر خارِجَ الدَّارِ ، ضَمِنَ ، إنْ لم يَكُفَّه رَبُّه ، أو يُحَذِّرْ منه . انتهى . وعنه ، لا يَضْمَنُ . اخْتارَه الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ . وإنْ دخَلَ بَيْتَه بغيرِ إذْنِه ، ففَعَلَ ذلك به ، لم يَضْمَنْ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ . وعنه ، يَضْمَنُ أيضًا . اخْتارَه القاضى فى « الجامعِ » . نقلَ حَنْبَلٌ ، إذا كان الكَلْبُ مُوثَقًا ، لم يَضْمَنْ ما عقَر .

قوله : وقِيلَ : فى الكَلْبِ رِوايَتان فى الجُمْلَةِ . يعْنِى رِوايتَيْن مُطْلَقتَيْن ، سواءٌ دَخَل بإذْنٍ ، أو لا ، وسواءٌ كان فى مَنْزِلِ صاحِبِه ، أو خارِجًا عنه . ذكَرَه الشَّارِحُ . قال الحارِثِىُّ : أوْرَدَ المُصَنِّفُ فى « كِتابَيْه » ، وابنُ أبِى مُوسى ، والقاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وصاحِبُ « المُحَرَّرِ » ذلك مِن غيرِ خِلافٍ فى شىءٍ مِن ذلك . وحكَى القاضى فى « الجامعِ الصَّغِيرِ » ، فى الضَّمانِ مُطْلَقًا مِن غيرِ تَقْيِيدٍ

الشرح الكبير

لا يَضْمَنُ ؛ لقولِه ، عليه الصَّلاةُ والسَّلامُ : « العَجْماءُ[1] جُبارٌ[2] » . ولأنَّه أتلَفَ مِن غيرِ أن تكونَ يَدُ صاحِبِه عليه ، أشْبَهَ سائِرَ البَهائِمِ .

الإنصاف

بإذْنٍ ، رِوايتَيْن ، وهو ما حكَى أبو الخَطَّابِ فى « كِتابَيْه » عنِ القاضى ، وأوْرَدَه المُصَنِّفُ هنا . وجرَى على حِكايَةِ هذا الخِلافِ جماعَةٌ مِن أئمَّةِ المذهبِ ؛ الشَّريفُ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو الخَطَّابِ ، وأبو الحَسَنِ ابنُ بَكْرُوسٍ ، فى « كُتُبِهم الخِلافيَّةِ » ، واخْتَلَفُوا ؛ فمنهم مَن صحَّح الضَّمانَ ، وهو القاضى فى « الجامعِ » ، ومنهم مَن عكَس ، وهو قَوْلُ الشَّريفِ ، والظَّاهِرُ مِن كلامِ أبى الخَطَّابِ ، وابنِ بَكْرُوسٍ . قال : وقَوْلُ المُصَنِّفِ . وقيلَ : فى الكَلْبِ رِوايَتان . قال شيْخُنا ابنُ أبِى عُمَرَ فى « شَرْحِه » : سواءٌ كان فى مَنْزِلِ صاحبِه ، أو خارِجًا ، وسواءٌ دخَلَ بإذْنِ صاحبِ المَنْزِلِ ، أو لا . قال : وليس كذلك ، فإنَّ كلامَ أبِى الخَطَّابِ ، الذى أخَذ منه المُصَنِّفُ ذلك ، إنَّما هو وارِدٌ فى حالَةِ الدُّخولِ ، والإجْمالُ فيه عائلٌ على الإذْنِ وعدَمِه . وكذلك أوْرَدَ السَّامَرِّىُّ فى « كِتابِه » ؛ فقالَ : إنِ اقْتَنَى فى مَنْزِلِه كَلْبًا عَقُورًا ، فعَقَر فيه إنْسانًا ؛ إنْ كان دخَل بغيرِ إذْنِه ، فلا ضَمانَ ، وإنْ كان بإذْنِه ، فعليه الضَّمانُ . قال : وخرَّجَها القاضى على رِوايتَيْن ؛ الضَّمانُ ، وعدَمُه ، فإنْ عقَر خارِجَ المَنْزِلِ ، ضَمِنَ . ذكَرَه ابنُ أبِى مُوسى . انتهى . قال الحارِثِىُّ : فخَصَّصَ الخِلافَ بحالَةِ العَقْرِ داخِلَ المَنْزِلِ دُونَ خارِجِه . وهو الصَّحيحُ . انتهى . وهذا قطَع به ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » .

فوائد ؛ الأُولَى ، إفْسادُ الكَلْبِ بما عَدا العَقْرَ ؛ كبَوْلِه ووُلُوغِه فى إناءِ الغيرِ ، لا يُوجِبُ ضَمانًا . ذكَرَه المُصَنِّفُ وغيرُه ، واقْتَصَر عليه الحارِثِىُّ . وكذلك

---

(1) فى م : « جرح العجماء » .

(2) جُبار : أى هدر . وتقدم تخريجه فى ٦/٥٨٧ .

المقنع وَإِنْ أَجَّجَ نَارًا فِى مِلْكِهِ ، أَوْ سَقَى أَرْضَهُ ، فَتَعَدَّى إِلَى مِلْكِ

الشرح الكبير **٢٣٧٠** – مسألة : (وإن أَجَّجَ نارًا فى مِلْكِه ، أو سَقَى أرْضَه ،

الإنصاف لا يَضْمَنُ ما أتْلَفَه غيرُ العَقُورِ ليْلًا ونَهارًا . قالَه المُصَنِّفُ وغيرُه ، وهو ظاهِرُ كلامِ الأصحابِ ؛ لتَقْيِيدِهم الكَلْبَ بالعَقُورِ . قال الحارِثِىُّ : وكلامُ المُصَنِّفِ مَحْمولٌ على ما يُباحُ اقْتِناؤُه ، وأمَّا ما يَحْرُمُ ، كالكَلْبِ الأسْوَدِ ، فيَجِبُ الضَّمانُ ؛ لأنَّه فى مَعْنَى العَقُورِ فى مَنْعِ الاقْتِناءِ ، واسْتِحْقاقِ القَتْلِ . وكذلك ما عَدا كَلْبَ الصَّيْدِ والحَرْثِ والماشِيَةِ ؛ لأنَّه فى مَعْنَى ما تقدَّم ، فيَحْصُلُ العُدْوانُ بإمْساكِه . انتهى . الثَّانيةُ ، لو اقْتَنَى أسَدًا أو نَمِرًا أو ذِئْبًا ، ونحوَ ذلك مِنَ السِّباعِ المُتَوَحِّشَةِ ، فكالكَلْبِ العَقُورِ فيما تقدَّم ؛ لأنَّه فى مَعْناه وأوْلَى ؛ لعدَمِ المَنْفَعَةِ . الثَّالثةُ ، لو اقْتَنَى هِرَّةً تأْكُلُ الطُّيورَ ، وتَقْلِبُ القُدورَ فى العادَةِ ، فعليه ضَمانُ ما تُتْلِفُه لَيْلًا ونَهارًا ، كالكَلْبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وقالُوا ، إلَّا صاحِبَ « الفُروعِ » : قالَه القاضى . قال الحارِثِىُّ : ذكَرَه أصحابُنا . فإنْ لم يكُنْ مِن عادَتِها ذلك ، فلا ضَمانَ . قالَه الأصحابُ . ولو حصَلَ عندَه كَلْبٌ عَقُورٌ ، أو سِنَّوْرٌ ضارٌّ مِن غيرِ اقْتِناءٍ واخْتِيارٍ ، وأفْسَدَ ، لم يَضْمَنْ . الرَّابعةُ ، يجوزُ قَتْلُ الهِرِّ بأَكْلِ لَحْمٍ ، ونحوِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال فى « الفُصولِ » : له قَتْلُها حينَ أَكْلِها فقط . واقْتصَرَ عليه الحارِثِىُّ ، ونصَرَه . وقال فى « التَّرْغيبِ » : له قَتْلُها إذا لم تَنْدَفِعْ إلَّا به ، كالصَّائلِ .

قوله : وإنْ أَجَّجَ نارًا فى مِلْكِه ، أو سَقَى أَرْضَه فتَعَدَّى إلى مِلْكِ غيرِه فأَتْلَفَه ، ضَمِنَه ، إذا كانَ قد أَسْرَفَ فيه ، أو فرَّطَ ، وإلَّا فلا . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . قال فى « الفُروعِ » : والمُرادُ ، لا بطَرَيانِ رِيحٍ . ولهذا قال فى

المقنع

غَيْرِهِ فَأَتْلَفَهُ ، ضَمِنَ إِذَا كَانَ قَدْ أَسْرَفَ فِيهِ ، أَوْ فَرَّطَ ، وَإِلَّا فَلَا .

الشرح الكبير

فتَعَدَّى إلى مِلْكِ غيرِه فأتْلَفَه ، ضَمِنَ إذا كان قد أَسْرَفَ فيه ، أو فَرَّطَ ، وإلَّا فلا) وجُمْلَتُه ، أنَّه إذا فَعَل ذلك ، لم يَضْمَنْ إذا كان ما جَرَتْ به العادَةُ مِن غيرِ تَفْرِيطٍ ؛ لأنَّه غيرُ مُتَعَدٍّ ، ولأنَّها [٢٩٤/٤و] سِرَايَةُ فِعْلٍ مُباحٍ ، فلم يَضْمَنْ ، كسِرَايَةِ القَوَدِ . وفارَقَ مَن حَلَّ وِكَاءَ زِقٍّ فانْدَفَقَ ؛ لأنَّه مُتَعَدٍّ بحَلِّه ، ولأنَّ الغالِبَ خُرُوجُ المائِعِ مِن الزِّقِّ المَفْتوحِ ، بخِلافِ هذا . فإن كان بتَفْرِيطٍ منه أو إسْرافٍ ؛ بأن أَجَّجَ نارًا تَسْرِى فى العادَةِ لكَثْرَتِها ، أو فى رِيحٍ شَدِيدَةٍ تَحْمِلُها ، أو فَتَحَ ماءً كثيرًا يتَعَدَّى ، أو فَتح الماءَ فى أرْضِ غيرِه ، أو أَوْقَدَ فى دارِ غيرِه ، ضَمِنَ ما تَلِفَ به وإن سَرَى إلى غيرِ الدّارِ التى أَوْقَدَ فيها ، والأرضِ التى فَتَحَ الماءَ فيها ؛ لأنَّها سِرَايَةُ عُدْوانٍ ، أشْبَهَ سِرَايَةَ الجُرْحِ الذى تَعَدَّى به . وكذلك[1] إن يَبَّسَتِ النارُ أغْصانَ شَجَرَةِ غيرِه ، يَضْمَنُ ؛ لأنَّ ذلك لا يكونُ إلَّا مِن نارٍ كَثِيرَةٍ ، إلَّا أن تكونَ الأغْصانُ فى هَوائِه ، فلا يَضْمَنُ ؛ لأنَّ دُخولَها إليه غيرُ مُسْتَحَقٍّ ، فلا يُمْنَعُ مِن التَّصَرُّفِ فى دارِه ؛ لحُرْمَتِها . ومَذْهَبُ الشافِعِىِّ كما ذَكَرْنا فى هذا الفصلِ .

الإنصاف

« عُيونِ المَسائلِ » : لو أَجَّجَها على سَطْحِ دارٍ ، فهَبَّتِ الرِّيحُ ، فأطارَتِ الشَّرَرَ ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّه فى مِلْكِه ، ولم يُفَرِّطْ ، وهُبوبُ الرِّيحِ ليس مِن فِعْلِه ، بخِلافِ

---

(١) فى م : « ولذلك » .

الشرح الكبير

فصل : وإن أَلْقَتِ الرِّيحُ إلى دارِه ثَوْبَ غيرِه ، لَزِمَه حِفْظُه ؛ لأنه أمانَةٌ حَصَلَتْ تحت يَدِه ، أَشْبَهَتِ اللُّقَطَةَ . فإن لم يَعْرِفْ صاحِبَه ، فهو لُقَطَةٌ يَثْبُتُ فيها أحكامُها . وإن عَرَف صاحِبَه ، لَزِمَه إعْلامُه ، فإن لم يَفْعَلْ ، ضَمِنَه ؛ لأنه أَمْسَكَ مالَ غيرِه بغيرِ إذْنِه مِن غيرِ تَعْرِيفٍ ، فهو كالغاصِبِ . وإن سَقَط طائِرٌ فى دارِه ، لم يَلْزَمْه حِفْظُه ، ولا إعْلامُ صاحِبِه ؛ لأنَّه مَحْفُوظٌ بنَفْسِه ، إلَّا أن يكونَ غيرَ مُمْتَنِعٍ ، فهو كالثَّوْبِ . وإن دَخَل بُرْجَه ، فأغْلَقَ عليه البابَ ناوِيًا إمْساكَه لنَفْسِه ، ضَمِنَه ؛ لأنَّه أَمْسَكَ مالَ غيرِه لنَفْسِه ، فهو كالغاصِبِ ، وإلَّا فلا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّه يَتَصَرَّفُ فى بُرْجِه كيف شاءَ ، فلا يَضْمَنُ مالَ غيرِه بتَلَفِه ضِمْنًا[1] ، لتَصَرُّفِه الذى لم يَتَعَدَّ فيه .

الإنصاف

ما لو أَوْقَفَ دابَّتَه فى طَريقٍ فبالَتْ ، أو رَمَى فيها قِشْرَ بِطِّيخٍ ؛ لأنَّه فى غيرِ مِلْكِه ، فهو مُفَرِّطٌ . قال فى « الفُروعِ » : وظاهِرُه ، لا يَضْمَنُ فى الأُولَى مُطْلَقًا . انتهى . وقال فى « الرِّعايةِ » ، بعدَ ذِكْرِ المَسْأَلَةِ : قلتُ : وإنْ كان المَكانُ مَغْصُوبًا ، ضَمِنَ مُطْلَقًا . يعْنِى ، سواءٌ فرَّطَ أو أَسْرَفَ ، أو لا ، إنْ لم يكُنْ للسَّطْحِ سُتْرَةٌ وبقُرْبِه زَرْعٌ ، ونحوُه ، والرِّيحُ هابَّةٌ ، أو أرْسَلَ فى الماءِ ما يَغْلِبُ ويَفِيضُ ، ضَمِنَ . وقيل : مَن أَجَّجَ نارًا فى مِلْكٍ بيَدِه له أو لغيرِه [٢٠١/٢ ظ] بإيجارٍ أو إعارَةٍ ، وأَسْرَفَ ، ضَمِنَ ، وإلَّا فلا ، وإنْ مُنِعَ مِن ذلك لأَذَى جارِه ، ضَمِنَ ، وإنْ لم يُسْرِفْ . انتهى .

فائدة : قال الحارِثِىُّ : قوْلُه : أَسْرَفَ فيه أو فَرَّطَ . يُغْنِى الاقْتصارُ على لَفْظِ « التَّفْرِيطِ » ؛ لدُخولِ الإسْرافِ فيه . انتهى . قلتُ : الذى يَظْهَرُ ، أنَّ الأَمْرَ ليس

---

(١) فى الأصل : « ضمانا » .

المقنع

وَإِنْ حَفَرَ فِى فِنَائِهِ بِئْرًا لِنَفْسِهِ ، ضَمِنَ مَا تَلِفَ بِهَا .

الشرح الكبير

٢٣٧١ – مسألة : (وإن حَفَر فى فِنائِه بِئْرًا لنَفْسِه ، ضَمِنَ ما تَلِفَ بها) الفِناءُ ما كان خارِجَ الدّارِ قَرِيبًا منها . إذا حَفَر فى الطَّرِيقِ بِئْرًا لنَفْسِه ، ضَمِنَ ما تَلِفَ بها ، سَواءٌ حَفَرَها بإذْنِ الإمامِ أو بغيرِ إذْنِه ، وسَواءٌ كان فيها ضَرَرٌ أو لا . وقال أصحابُ الشافعىِّ : إن حَفَرَها بإذْنِ الإمامِ ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّ للإمَامِ أن يَأْذَنَ فى الانْتِفاعِ بما لا ضَرَرَ [٢٩٤/٤ظ] فيه ، بدَلِيلِ أنَّه يَجُوزُ أن يَأْذَنَ فى القُعُودِ[1] فيه ، ويُقْطِعَه لمَن يَبِيعُ فيه . ولَنا ، أنَّه تَلِفَ بحَفْرِ حُفْرَةٍ فى مَكانٍ مُشْتَرَكٍ بغيرِ إذْنِ أهْلِه لغيرِ مَصْلَحَتِهم ،

الإنصاف

كذلك ، وأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَنْفَكُّ عنِ الآخَرِ ؛ لأنَّ الإسْرافَ مُجاوَزَةُ الحَدِّ عَمْدًا عُدْوانًا . وأمَّا التَّفْرِيطُ فهو التَّقْصِيرُ فى المأْمُورِ . ولذلك قال بعضُ المُحَقِّقِين مِنَ الأصحابِ : فرَّطَ أو أفْرَطَ .

قوله : وإنْ حفَر فى فِنائِه بِئْرًا لنَفْسِه ، ضَمِنَ ما تَلِفَ بها . هذا المذهبُ ، بلا رَيْبٍ ، نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . وجوَّزَ بعضُ الأصحابِ حَفْرَ بِئْرٍ لنَفْسِه فى فِنائِه بإذْنِ الإمامِ . ذكَرَه القاضى . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : نَقَلْتُه مِن خَطِّه ، فى مَسْأَلَةٍ حدَثَتْ فى زَمَنِه . قال فى « القاعِدَةِ الثَّامِنَةِ والثَّمانِين » : وفى « الأَحْكامِ السُّلْطانِيَّةِ » ، له التَّصَرُّفُ فى فِنائِه بما شاءَ مِن حَفْرٍ وغيرِه ، إذا لم يَضُرَّ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : ومَن لم يسُدَّ بِئْرَه سَدًّا يَمْنَعُ مِنَ الضَّرَرِ ، ضَمِنَ ما تَلِفَ بها . ويأْتِى ذلك أيضًا فى أوَّلِ كتابِ الدِّياتِ .

فائدة : لو حفَر الحُرُّ بِئْرًا بأُجْرَةٍ ، أو لا ، وثبَتَ عِلْمُه أنَّها فى مِلْكِ غيرِه ، نصَّ

---

(١) فى الأصل ، م : « العقود » .

المقنع

وَإِنْ حَفَرَهَا فِى سَابِلَةٍ ؛ لِنَفْعِ الْمُسْلِمِينَ ، لَمْ يَضْمَنْ ، فِى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

فضَمِنَ ، كما لو لم يَأْذَنْ فيه الإِمَامُ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ للإِمامِ الإِذْنَ فى هذا . وإنَّما جازَ الإِذْنُ فى القُعُودِ[1] ؛ لأنَّه لا يَدُومُ ، ويُمْكِنُ إزَالَتُه فى الحالِ ، أَشْبَهَ القُعُودَ فى المَسْجِدِ ، ولأنَّ[2] القُعُودَ جائِزٌ مِن غيرِ إِذْنِ الإِمَامِ ، بخِلافِ الحَفْرِ .

٢٣٧٢ – مسألة : (وإن حَفَرَها فى سابِلَةٍ ؛ لنَفْعِ المسلمينَ ، لم يَضْمَنْ ، فى أَصَحِّ الرِّوايَتَيْن) مثلَ أن يَحْفِرَها لِيَنْزِلَ فيها ماءُ المَطَرِ ، أو لِيَشْرَبَ منه المارَّةُ ، ونحوِ هذا ، فلا يَضْمَنُ ؛ لأنَّه مُحْسِنٌ بفِعْلِه غيرُ مُتَعَدٍّ ، أَشْبَهَ باسِطَ الحَصِيرِ فى المَسْجِدِ . وقال بعضُ أصحابِنا : لا يَضْمَنُ إذا

الإنصاف

عليه ، ضَمِنَ الحافِرُ . قاله القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُهم مِنَ الأصحابِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، وقال : ونصُّه ، هما . وقدَّمه الحارِثِىُّ ، وقال : هو مُقْتَضَى إيرادِ ابنِ أبِى مُوسى ، يَعْنِى ، أنَّهما ضامِنان ، وإنْ جَهِلَ ، ضَمِنَ الآمِرُ . وقيل : الحافِرُ ، ويرْجِعُ على الآمِرِ .

قوله : وإنْ حفَرَها فى سابِلَةٍ ؛ لنَفْعِ المُسْلِمِين ، لم يَضْمَنْ فى أصَحِّ الرِّوايتَيْن . يعْنِى ، إذا لم يَكُنْ فيه ضَرَرٌ . وهذا المذهبُ بهذا الشَّرْطِ . قال فى « الوَجيزِ » وغيرِه : إنْ كانتِ السَّابِلَةُ واسِعَةً . وهو قَيْدٌ حَسَنٌ ، كما يأْتِى . جزَم به ابنُ أبِى

---

(١) فى الأصل : « العقود » .

(٢) فى الأصل : « وليس » .

الشرح الكبير

كان بإذْنِ الإمامِ ، وإن كان بغيرِ إذْنِه ، لم يَضْمَنْ فى إحدى الرِّوايَتَيْن ، فإنَّ أحمدَ قال فى رِوايَةِ إسحاقَ بن إبراهيمَ : إذا أُحْدَثَ بِئْرًا لماءِ المَطَرِ ، ففيه[1] نَفْعٌ للمُسْلِمِينَ ، أَرْجُو أن لا يَضْمَنَ . والثانيةُ ، يَضْمَنُ . أَوْمَأَ إليه أحمدُ ؛ لأنَّه افْتأَتَ على الإمَامِ . ولم يَذْكُرِ القاضِى سِوَى هذه الرِّوايَةِ . والصَّحِيحُ الأوّلُ ؛ لأنَّ هذا مِمّا تَدْعُو الحاجَةُ إليه ، ويَشُقُّ اسْتِئْذانُ الإمامِ فيه ، وتَعُمُّ البَلْوَى به ، ففى وُجُوبِ الاسْتِئْذانِ فيه تَفْوِيتٌ لهذه المَصْلَحَةِ العامَّةِ ؛ لأنَّه لا يَكادُ يُوجَدُ مَن يَتَحَمَّلُ كُلْفَةَ الاسْتِئْذانِ والحَفْرِ معًا ، فتَضِيعُ هذه المَصْلَحَةُ ، فوَجَبَ سُقوطُ الاسْتِئْذانِ ، كما فى سائِرِ المَصالحِ العَامّةِ ؛ مِن بَسْطِ حَصِيرٍ فى المَسْجِدِ ، أو وَضْعِ سِرَاجٍ ، أو رَمِّ شَعَثٍ ، وأشْباهِ ذلك . وحُكْمُ البناءِ فى الطَّرِيقِ حُكْمُ الحَفْرِ فيها ، على ما ذَكَرْنا مِن التَّفْصِيلِ والخِلافِ ، وهو أنَّه متى بَنَى بِناءً يَضُرُّ ؛ لكَوْنِه فى طَرِيقٍ ضَيِّقٍ ،

الإنصاف

مُوسى ، والقاضى فى « الجامعِ الصَّغِيرِ » ، وأبو الفَرَجِ الشِّيرازِىُّ ، وصاحِبُ « الوَجيزِ » ، وغيرُهم . قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » : لم يضْمَنْ فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . وصحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ أيضًا ، والنَّاظِمُ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « المُحَرَّرِ » . وعنه ، يضْمَنُ . ولم يذْكُرِ القاضى غيرَ هذه الرِّوايَةِ . قال الحارِثِىُّ : وهذا له قُوَّةٌ ، وإنْ كان المُصَنِّفُ ، وأبو الخَطَّابِ صحَّحا غيرَه . وعنه ، لا يضْمَنُ إنْ كانَ بإذْنِ الإمامِ ، وإلَّا ضَمِنَ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : قال بعضُ أصحابِنا : لا يَضْمَنُ إذا كانَ بإذْنِ الإمامِ . قال

---

(١) فى م : « فيه » .

الشرح الكبير

أو واسِعٍ إلّا أنّه يَضُرُّ بالمارَّةِ ، أو بَنَى[1] لنَفْسِه ، ضَمِن ما تَلِفَ به ، وسَواءٌ فى ذلك كلِّه إذْنُ الإمَامِ وعَدَمُ الإذْنِ . قال شيخُنا[2] : ويَحْتَمِلُ أن يُعْتَبَرَ إذْنُ الإمامِ فى البِنَاءِ لنَفْعِ المُسْلِمينَ دونَ الحَفْرِ ؛ لأنَّ الحفْرَ تَدْعُو الحاجَةُ إليه لنَفْعِ الطَّرِيقِ ، وإصْلاحِها ، وإزالَةِ الطِّينِ والماءِ منها ، بخِلافِ البناءِ ، فجَرَى حَفْرُها مَجْرَى تَنْقِيَتِها ، وحَفْرِ هِدْفَةٍ[3] منها ، وقَلْعِ حَجَرٍ يَضُرُّ بالمارَّةِ ، [٤/٢٩٥و] ووَضْعِ الحَصَى فى حُفْرَةٍ فيها (٤لِيَمْلَأَها ويُسَهِّلَها٤) بإزَالَةِ الطِّينِ ونحوِه منها ، وتَسْقِيفِ ساقِيَةٍ فيها ، ووَضْعِ حَجَرٍ فى (٥طِينٍ فيها٥) لِيَطَأَ الناسُ عليه ، فهذا كُلُّهُ مُباحٌ ، لا يَضْمَنُ ما

الإنصاف

الحارِثِىُّ : وهذه طريقَةُ القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وكتابِ « الرِّوايتَيْن » ، وابنِ عَقِيلٍ ، والسَّامَرِّىِّ ، وصاحبِ « التَّلْخيصِ » ، وغيرِهم . انتهى . وهى طريقَةُ صاحبِ « المُحَرَّرِ » أيضًا . وقال بعضُ الأصحابِ : يَنْبَغِى أنْ يتَقَيَّدَ سقُوطُ الضَّمانِ عنه فيما إذا حفَرَها فى مَوْضِعٍ مائلٍ عنِ القارِعَةِ ، بَشْرطِ أنْ يجْعَلَ عليه حاجِزًا يُعْلَمُ به ؛ لِيُتَوَقَّى .

تنبيهان ؛ أحدُهما ، محَلُّ الخِلافِ ، إذا كانتِ السَّابِلَةُ واسِعَةً ، فإنْ كانتْ ضَيِّقَةً ، ضَمِنَ ، بلا نِزاعٍ . قال الحارِثِىُّ : لو حفَر فى سابِلَةٍ ضَيِّقَةٍ ، وجَب الضَّمانُ ؛ لأنَّه لا يَخْتَلِفُ المذهبُ فيه ، وليس بداخِلٍ فيما أوْرَدَه المُصَنِّفُ مِنَ

---

(١) فى م : « بناه » .
(٢) فى : المغنى ٩١/١٢ .
(٣) الهدفة : القطعة .
(٤ – ٤) فى تش : « ويملأها ليسهلها » ، وفى م : « ليسهلها ويملكها » .
(٥ – ٥) فى الأصل : « طينها » .

الشرح الكبير

تَلِفَ به . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا . وكذلك يَنْبَغِى أن يكونَ فى بِناءِ القَناطِرِ . ويَحْتَمِلُ أن يُعْتَبَرَ إذْنُ الإمَامِ فيها ؛ لأنَّ مَصْلَحَتَه لا تَعُمُّ ، بخِلافِ غيرِه . قال بعضُ أصحابِنا فى حَفْرِ البِئْرِ : يَنْبَغِى أن يَتَقَيَّدَ سُقُوطُ الضَّمانِ إذا حَفَرَها فى مَكانٍ مائِلٍ عن القارِعَةِ ، وجَعَل عليه حاجِزًا يُعْلَمُ به ليُتَوَقَّى .

الإنصاف

الخِلافِ ، وإنَّ ظاهِرَ الإيرادِ يشْمَلُه ، ومَحَلُّ الخِلافِ أيضًا ، إذا حفَر فى غيرِ مَكانٍ يَضُرُّ بالمارَّةِ . فأمَّا إنْ حفَر فى طَريقٍ واسِعٍ ، فى مَكانٍ منه يَضُرُّ بالمارَّةِ ، فهو كما لو كانَ الطَّريقُ نفْسُه ضَيِّقًا . ولا فَرْقَ بينَ كَوْنِه لمَصْلَحَةٍ عامَّةٍ ، أو خاصَّةٍ ، بإذْنِ الإمامِ أو غيرِه . الثَّانى ، مَفْهومُ قوْلِه : لنَفْعِ المُسْلِمِين . أنَّه لو حفَر لنَفْعِ نَفْسِه ، أنَّه يضْمَنُ . وهو كذلك ، أذِنَ فيه الإمامُ أو لم يأْذَنْ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو حفَرَها فى مَواتٍ ؛ للتَّمَلُّكِ ، أو الارْتِفاقِ بها ، أو الانْتِفاعِ العامِّ ، فلا ضَمانَ ، نصَّ عليه . وقطَع به الحارِثِىُّ ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم ، ذكَراه فى كتابِ الدِّياتِ . الثَّانيةُ ، حُكْمُ ما لو بنَى فيها مَسْجِدًا أو غيرَه ، كالخانِ ، ونحوِه ، لنَفْعِ المُسْلِمِين حُكْمُ حَفْرِ البِئْرِ فى سابِلَةٍ لنَفْعِ المُسلِمين . نقَل إسْماعِيلُ بنُ سَعِيدٍ ، فى المَسْجِدِ ، لا بَأْسَ به إذا لم يَضُرَّ بالطَّريقِ . ونقَل عَبْدُ اللهِ ، أكْرَهُ الصَّلاةَ فيه ، إلَّا أنْ يكونَ بإذْنِ إمامٍ . ونقلَ المَرُّوذِىُّ ، حُكْمُ هذه المَساجِدِ التى بُنِيَتْ فى الطَّريقِ ، تُهْدَمُ . وسأَلَه محمدُ بنُ يَحْيَى الكَحَّالُ : يَزِيدُ فى المَسْجِدِ مِن الطَّريقِ ؟ قال : لا يُصَلَّى فيه . ونقل حَنْبَلٌ ، أنَّه سُئِلَ عن المَساجِدِ على الأنْهارِ ؟ قال : أخْشَى أنْ يكونَ مِنَ الطَّريقِ . وسأَلَه ابنُ إبْراهِيمَ ، عن ساباطٍ فوْقَه مَسْجِدٌ ، أيُصَلَّى فيه ؟ قال : لا يُصَلَّى فيه ، إذا كان مِنَ الطَّريقِ . قال فى « القَواعِدِ » : الأكْثَرُ مِنَ الأصحابِ قالُوا : إنْ كان

الشرح الكبير

فصل : وإن حَفَر العَبْدُ بِئْرًا فى مِلْكِ إنْسانٍ بغيرِ إذْنِه ، أو فى طَرِيقٍ يَتضَرَّرُ به ، ثم أُعْتِقَ ، ثم تَلِفَ بها شيءٌ ، ضَمِنَه العَبْدُ . وبه قال الشّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ : الضَّمانُ على السَّيِّدِ ؛ لأنَّ الجنايَةَ بالحَفْرِ[1] فى حالِ رِقِّه ، وكان ضَمانُ جنايَتِه حِينئذٍ على سَيِّدِه ، ولا يَزُولُ ذلك بعِتْقِه ، كما لو جَرَح فى حالِ رِقِّه ثم سَرَى جُرْحُه بعدَ عِتْقِه . ولَنا ، أنَّ التَّلَفَ المُوجِبَ للضَّمانِ وُجِدَ بعدَ العِتْقِ ، فكان الضَّمانُ عليه ، كما لو اشْتَرَى سَيْفًا فى حالِ

الإنصاف

بإذْنِ الإمامِ ، جازَ ، وإلَّا فرِوايَتان ، ما لم يَضُرَّ بالمَارَّةِ . ومنهم مَن أطْلَقَ الرِّوايتَيْن . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : ويَحْتَمِلُ أنْ يُعْتَبَرَ إذْنُ الإمامِ فى البِناءِ لنَفْعِ المُسْلِمين دُونَ الحفْرِ ؛ لدَعْوَى [٢/٢٠٢ و] الحاجَةِ إلى الحَفْرِ لنَفْعِ الطَّرِيقِ وإصْلاحِها ، وإزالَةِ الطِّينِ والماءِ منها ، فهو كتَنْقِيَتِها ، وحَفْرِ هِدْفَةٍ فيها ، وقَلْعِ حجَرٍ يضُرُّ بالمارَّةِ ، ووَضْعِ الحَصَى فى حُفْرَةٍ ؛ ليَمْلأها ، وتَسْقيفِ ساقِيَةٍ فيها ، ووَضْعِ حجَرٍ فى طِينٍ فيها ؛ ليَطَأَ النَّاسُ عليه . فهذا كلُّه مُباحٌ ، لا يضْمَنُ ما تَلِفَ به ، لا نعْلَمُ فيه خِلافًا . قالا : وكذلك يَنْبَغِى أنْ يكونَ فى بِناءِ القَناطِرِ . ويَحْتَمِلُ أنْ يُعْتَبَرَ إذْنُ الإمامِ فيها ؛ لأنَّ مَصْلَحَتَه لا تعُمُّ . انتهى كلامُهما . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : حُكْمُ ما بُنِيَ وَقْفًا على المَسْجِدِ فى هذه الأمْكِنَةِ ، حُكْمُ بِناءِ المَسْجِدِ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو فعَل العَبْدُ ذلك بأمْرِ سيِّدِه ، كان كفِعْلِ نَفْسِه ؛ أعْتَقَه ، أو لا . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » ، وغيرُهم مِنَ الأصحابِ . وقال الحارِثِيُّ : إنْ كان ممَّن يجْهَلُ الحالَ ، فلا إشْكالَ فى إطْلاقِ الأصحابِ ، وإنْ كان ممَّن يَعْلَمُه ، ففيه ما فى مَسْأَلَةِ القَتْلِ بأمْرِ السَّيِّدِ ، إنْ عَلِمَ

(١) فى الأصل : « الحفر » .

المقنع

وَإِنْ بَسَطَ فِى مَسْجِدٍ حَصِيرًا ، أَوْ عَلَّقَ فِيهِ قِنْدِيلًا ، لَمْ يَضْمَنْ مَا تَلِفَ بِهِ .

الشرح الكبير

رِقِّه ثم قَتَل به بعدَ عِتْقِه . وفارَقَ ما قاسُوا عليه ؛ لأنَّ الإتْلافَ المُوجِبَ للضَّمانِ وُجِدَ حالَ رِقِّه ، وههُنا حَصَل بعدَ عِتْقِه . وكذلك القولُ فى نَصْبِ حَجَرٍ أو غيرِه مِن الأسْبابِ التى يَجِبُ بها الضَّمانُ .

٢٣٧٣ – مسألة : (وإن بَسَط فى مَسْجِدٍ حَصِيرًا ، أو عَلَّقَ فيه قِنْدِيلًا) أو سَقَفَه ، أو نَصَب عليه بابًا ، أو جَعَلَ فيه رَفًّا لِيَنْتَفِعَ به الناسُ ، فتَلِفَ به شىءٌ ، فلا ضَمانَ عليه . وقال أصحابُ الشافعىِّ : إن فَعَل شيئًا

الإنصاف

الحُرْمَةَ ، وفيها رِوايَتان ؛ إحْداهما ، القَوَدُ على السَّيِّدِ فقط . والأُخْرَى ، على العَبْدِ . فيتَعَلَّقُ الضَّمانُ هنا برَقَبتِه ، كما لو لم يأْمُرِ السَّيِّدُ . وإنْ حفرَ بغيرِ أمْرِ السَّيِّدِ ، تعَلَّقَ الضَّمانُ برَقَبتِه ، ثم إنْ أعْتَقَه ، فما تَلِفَ بعدَ عِتْقِه ، فعليه ضَمانُه . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . قال الحارِثِىُّ : وهو الأصحُّ . وقال صاحِبُ « التَّلْخيصِ » وغيرُه : الضَّمانُ على المُعْتِقِ بقَدْرِ قِيمَةِ العَبْدِ ، فما دُونَه . الثَّانيةُ ، لو أمَرَه السُّلْطانُ بفِعْلِ ذلك ، ضَمِنَ السُّلْطانُ وحدَه .

قوله : وإنْ بسَط فى مَسْجِدٍ حَصِيرًا ، أو علَّقَ فيه قِنْدِيلًا ، لم يَضْمَنْ ما تَلِفَ به . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال فى « الفُروعِ » : اخْتارَه الأكْثَرُ . قال الحارِثِىُّ : هذا ما حكَى المُصَنِّفُ ، والقاضى فى « الجامعِ الصَّغيرِ » ، وأبو الخَطَّابِ ، والشَّريفان ؛ أبو جَعْفَرٍ وأبو القاسِمِ الزَّيْدِىُّ ، والسَّامَرِّىُّ ، فى آخَرين ، عنِ المذهبِ . انتهى . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفائقِ » وغيرِه . وقيل : يضْمَنُ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وهو تخْريجٌ لأبى

الشرح الكبير

مِن ذلك بغيرِ إذْنِ الإمامِ ، ضَمِن في أحَدِ الوَجْهَيْن . وقال أبو حنيفةَ : يَضْمَنُ إذا لم يَأْذَنْ فيه الجيرانُ . ولَنا ، أنَّ هذا فِعْلٌ أحْسَنَ به و لم يَتَعَدَّ فيه ، فلم يَضْمَنْ ما تَلِفَ به ، كما لو أَذِنَ فيه الإمامُ والجيرانُ ، ولأنَّه فَعَل ما يَنْتَفِعُ به المُسْلِمونَ غالِبًا ، فلم يَضْمَنْ ، كمَن مَهَّدَ الطَّرِيقَ ، ولأنَّ هذا مَأْذُونٌ فيه عُرْفًا ؛ لأنَّ العادَةَ جارِيَةٌ بالتَّبرُّعِ به مِن غيرِ اسْتِئْذانٍ ، فلم يَضْمَنْ فاعِلُه ، كالمأْذُونِ فيه نُطْقًا .

الإنصاف

الخَطَّابِ في « الهِدايَةِ » مِنَ التى قبلَها ؛ وهى حَفْرُ البِئْرِ . وكذلك خرَّجَه أبو الحَسَنِ ابنُ بَكْروسٍ . قال الحارِثِيُّ : ولا يصِحُّ ؛ لأنَّ الحَفْرَ عُدْوانٌ لإبطْالِ حقِّ المُرورِ ، ولا كذلك ما نحنُ فيه . وذكَر القاضى في « المُجَرَّدِ » ، وكتابِ « الرِّوايتَيْن » ، إنْ أذِنَ الإمامُ[1] ، فلا ضَمانَ ، وإلَّا فعلى وَجْهَيْن ؛ بِناءً على البِئْرِ . وتَبِعَه على ذلك ابنُ عَقِيلٍ في « الفُصولِ » ، مع أنَّهما قالا : قال أصحابُنا ، في بَوارِيِّ المَسْجِدِ : لا ضَمانَ على فاعِلِه ، وَجْهًا واحِدًا ، بإذْنِ الإمامِ أو غيرِ إذْنِه ؛ لأنَّ هذا مِن تَمامِ مَصْلَحَتِه .

فائدة : لو نصَب فيه بابًا ، أو عُمُدًا ، أو سقَفَه ، أو جعَل فيه رَفًّا ؛ ليَنْتَفِعَ به النَّاسُ ، أو بنَى جِدارًا ، أو أوْقَدَ مِصْباحًا ، فلا ضَمانَ عليه[2] .

---

(١) سقط من : الأصل ، ط .

(٢) بعده في الأصول : « قال أصحابنا ، في بوارى المسجد : لا ضمان على فاعله ، وجها واحدًا ، سواء كان بإذن الإمام أو بغير إذنه » وهى مكررة .

المقنع

وَإِنْ جَلَسَ فِى [١٤٢و] مَسْجِدٍ أَوْ طَرِيقٍ وَاسِعٍ ، فَعَثَرَ بِهِ حَيَوَانٌ ، لَمْ يَضْمَنْ ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٣٧٤ – مسألة : (وإن جَلَس فى مَسْجِدٍ أو طَرِيقٍ واسعٍ ، فعَثَرَ به حَيوانٌ) فتَلِفَ ، [٢٩٥/٤ظ] (لم يَضْمَنْ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن) لأنَّه جَلَس فى مَكانٍ له الجُلُوسُ فيه مِن غيرِ تَعدٍّ على أحدٍ . وفى الآخرِ ، يَضْمَنُ ؛ لأنَّ الطَّرِيقَ إنَّما جُعِلَتْ للمُرُورِ فيها لا الجُلُوسِ ، والمَسْجِدُ للصَّلاةِ وذِكْرِ اللهِ تَعالَى . والأوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّه فَعَلَ فِعْلًا مُباحًا . وقولُهم : إنَّ الطَّرِيقَ إنَّما

الإنصاف

قوله : وإنْ جلَس فى مَسْجِدٍ ، أو طَرِيقٍ واسِعٍ ، فعَثَر به حَيَوانٌ ، لم يَضْمَنْ فى أَحَدِ الوَجْهَيْن . وهو المذهبُ . قال فى « الفُروعِ » : والأصحُّ ، لا يضْمَنُ . قال الشَّارِحُ : وهو أوْلَى . قال فى « الفائقِ » ، فيما إذا جلَس فى طريقٍ واسعٍ : لم يَضْمَنْ فى أصحِّ الوَجْهَيْن . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، يضْمَنُ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، فى الجالِسِ فى الطَّريقِ . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » .

تنبيه : قال الحارِثِىُّ : أوْرَدَ المُصَنِّفُ الوَجْهَيْن فى المَتْنِ ؛ أخْذًا مِن إيرادِ أبى الخَطَّابِ . قال : ولم أرَهما لأحَدٍ قبلَه . وأصْلُ ذلك ، واللهُ أعلمُ ، ما مَرَّ مِنَ الرِّوايتَيْن ، فى رَبْطِ الدَّابَّةِ بالطَّريقِ . ومحَلُّه ما لم يَكُنِ الجُلُوسُ مُباحًا ، كالجُلوسِ فى المَسْجِدِ مع الجَنابَةِ والحَيْضِ ، أو للبَيْعِ والشِّراءِ ، ونحوِ ذلك . أمَّا ما هو مَطْلُوبٌ ؛ كالاعْتِكافِ ، وانْتِظارِ الصَّلاةِ ، والجُلُوسِ لتَعْليمِ القُرْآنِ والسُّنَّةِ ، فلا يتَأتَّى الخِلافُ فيه بوَجْهٍ . وكذا ما هو مُباحٌ مِنَ الجُلُوسِ فيه ، وفى

الشرح الكبير

جُعِلَتْ للمُرُورِ . مَمْنوعٌ ، فإنَّ الطَّرِيقَ الواسِعَ يُجْلَسُ فيه عادةً ، وكذلك المَسْجِدُ جُعِلَ للصلاةِ وانْتِظارِها والاعْتِكافِ فيه فى جَميعِ الأوْقاتِ ، وبعضُها لا تُباحُ الصَّلاةُ فيه ، ولأنَّ انْتِظارَ الصلاةِ والاعْتِكافَ قُرْبَةٌ ، فلم يتَعَلَّقْ به الضَّمانُ ، كالصلاةِ . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف

جَوانِبِ الطُّرُقِ الواسِعَةِ ؛ كَبَيْعِ مأْكُولٍ ، ونحوِه ، لامْتِناعِ الخِلافِ فيه ؛ لأنَّه جلَس فيما يسْتَحِقُّه بالاخْتِصاصِ ، فهو كالجُلُوسِ فى مِلْكِه ، مِن غيرِ فَرْقٍ . وقد حكَى القاضى الجَزْمَ بنَفْىِ الضَّمانِ فى المَسألَةِ ، فى الطَّريقِ الواسِعِ . وهذا التَّقْييدُ حَكاه بعضُ شُيوخِنا فى كُتُبِه عن بعضِ الأصحابِ ، ولا بُدَّ منه ، لكِنَّه يقْتَضِى اخْتِصاصَ الخِلافِ بالمَسْجِدِ دُونَ الطَّريقِ ؛ لأنَّ الجُلُوسَ بالطَّريقِ الواسِعَةِ ؛ إمَّا مُباحٌ ، كما ذكَرْنا ، فلا ضَمانَ بحالٍ . وإمَّا غيرُ مُباحٍ ، كالجُلُوسِ وَسْطَ الجادَّةِ ، فالضَّمانُ واجِبٌ ، ولابُدَّ . انتهى كلامُ الحارِثِىِّ .

فائدة : حُكْمُ الاضْطِجاعِ فى المَسْجِدِ ، والطَّريقِ الواسِعَةِ ، حُكْمُ الجُلُوسِ فيهما ، على ما تقدَّم . وأمَّا القِيامُ ، فلا ضمانَ به بحالٍ ؛ لأنَّه مِن مَرافِقِ الطُّرُقِ ، كالمُرورِ .

تنبيه : مَفْهومُ كلامِه ، أنَّه لو جلَس فى طَريقٍ ضَيِّقَةٍ ، أنَّه يضْمَنُ . وهو كذلك ، ويأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى أوائلِ كتابِ الدِّياتِ ، فى مَسْأَلَةِ الاصْطِدامِ .

المقنع

وَإِنْ أَخْرَجَ جَنَاحًا أَوْ مِيزَابًا إِلَى الطَّرِيقِ ، فَسَقَطَ عَلَى شَىْءٍ أَتْلَفَهُ ، ضَمِنَ .

الشرح الكبير

٢٣٧٥ - مسألة : (وإن أَخْرَجَ جَنَاحًا أو مِيزَابًا إلى الطَّرِيقِ ، فسَقَطَ على شيءٍ فأتْلَفَه ، ضَمِنَ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه إذا أَخْرَجَ إلى الطَّرِيقِ النافِذِ جَناحًا ، أو سابَاطًا ، فسَقَطَ ، أو شىءٌ منه على شىءٍ ، فأتْلَفه ، ضَمِنَه المُخْرِجُ . وقال أصحابُ الشافِعِىِّ : إن وَقَعَتْ خَشَبَةٌ ليست مُرَكَّبَةً على حائِطٍ ، (١)وَجَب ضَمانُ ما أتْلَفَتْ ، وإن كانت مُرَكَّبَةً على حائِطِه(١) ، وَجَب نِصْفُ الضمانِ ؛ لأنَّه تَلِفَ بما وَضَعَه على مِلْكِه ومِلْكِ غيرِه ، فيُقْسَمُ الضَّمانُ عليهما . ولَنا ، أنَّه تَلِفَ بما أَخْرَجَه إلى هَواءِ(٢) الطَّرِيقِ ، فضَمِنَه ، كما لو بَنَى حائِطَه مائِلًا إلى الطَّرِيقِ (١فأتْلَفَ ، أو أقامَ خَشَبَةً فى مِلْكِه مائِلَةً إلى الطريقِ(١) ، أو كما لو لم تَكُنِ الخَشَبَةُ الساقِطَةُ مَوْضُوعَةً على الحائِطِ . ولأنَّه إخْراجٌ يَضْمَنُ به البَعْضَ ، فضَمِنَ به الكلَّ ، كالذى

الإنصاف

قوله : وإنْ أَخْرَجَ جَناحًا ، أو مِيزابًا إلى [٢٠٢/٢ ظ] الطَّرِيقِ - قال فى « الرِّعايةِ » : نافِذًا أو غيرَ نافِذٍ ، يعْنِى ، بغيرِ إذْنِ أهْلِه - فسَقَط على شَىءٍ فأتْلَفه ، ضَمِنَ . وهذا قالَه أكثرُ الأصحابِ . وتقدَّم الكلامُ فى ذلك مُحَرَّرًا ، فى بابِ الصُّلْحِ ، عندَ قوْلِه : ولا يَجُوزُ أنْ يشْرَعَ إلى طَرِيقٍ نافِذٍ جَناحًا . قال فى « الفُروعِ » : ولو بعدَ بَيْعٍ ، وقد طُولِبَ بنَقْضِه ، لحُصُولِه(٣) بفِعْلِه . انتهى .

(١ - ١) سقط من : تش ، م .
(٢) فى الأصل : « هذا » .
(٣) فى الفروع ٥٢١/٤ : « كحصوله » .

الشرح الكبير

ذَكَرْنا . ولأنَّه تَلِف بعُدْوانِه ، فضَمِنَه ، كما لو وَضَع البِناءَ على أرْضِ الطَّرِيقِ . والدَّلِيلُ على عُدْوانِه وُجُوبُ ضَمانِ البعضِ ؛ لأنَّه لو كان مُباحًا لم يَضْمَنْ به ، كسائِرِ المُباحاتِ ، ولأنَّ هذه خَشَبَةٌ لو سَقَط الخارِجُ منها حَسْبُ ، فأتْلَفَ شيئًا ، ضَمِنَه ، فيَجِبُ أن يَضْمَنَ ما أتْلَفَ جَمِيعُها ، كسائِرِ المَواضِعِ التى يَجِبُ الضَّمانُ فيها ، ولأنَّنا لم نَعْلَمْ مَوْضِعًا يَجِبُ الضَّمانُ كلُّه ببعضِ الخَشَبَةِ ونِصْفُه بجَمِيعِها . وإن كان إخْراجُ الجَناحِ إلى دَرْبٍ غيرِ نافِذٍ بغيرِ إذْنِ أهْلِه ، ضَمِنَ ما تَلِفَ به [٢٩٦/٤و] وإن كان بإذْنِهم ، فلا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّه غيرُ مُتَعَدٍّ فيه .

فصل : وإن أخْرَجَ مِيزابًا إلى الطَّرِيقِ النافِذِ ، فسَقَطَ على إنْسانٍ أو شىءٍ فأتْلَفَه ، ضَمِن . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وحُكِىَ عن مالكٍ ، أنَّه لا يَضْمَنُ ما أتْلَفَه ؛ لأنَّه غيرُ مُتَعَدٍّ بإخْراجِه ، فلم يَضْمَنْ ما تَلِفَ به ، كما لو أخْرَجَه إلى مِلْكِه . وقال الشافعىُّ : إن سَقَط كلُّه فعليه نِصْفُ الضَّمانِ ؛ لأنَّه تَلِف بما وَضَعَه على مِلْكِه ومِلْكِ غيرِه ، وإنِ انْقَصَفَ المِيزابُ فسَقَطَ منه الخارِجُ حَسْبُ ، ضَمِنَ الجَمِيعَ ؛ لأنَّه كلَّه فى غيرِ مِلْكِه . ولَنا ، ما سَبَق فى

الإنصاف

وقالَه القاضى وغيرُه . وقال فى « الرِّعايةِ » ، بعدَ أنْ ذكَر الأوَّلَ : ولا يضْمَنُ ما تَلِفَ بما يُباحُ ؛ مِن جَناحٍ ، وساباطٍ ، ومِيزابٍ . فعُلِمَ من ذلك ، أنَّ مُرادَ المُصَنِّفِ وغيرِه ممَّن أطْلَقَ ، إذا كان ذلك لا يُباحُ فِعْلُه . وقد صرَّح بذلك المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، فى إخْراجِ الجَناحِ فى غيرِ الدَّرْبِ النَّافِذِ بإذْنِ أهْلِه ، أنَّه لا يضْمَنُ . قال الحارِثِىُّ : ومَبْنَى هذا الأصْلِ ، أنَّ الإخْراجَ ؛ هل يُباحُ ، أم لا ؟

المقنع

وَإِنْ مَالَ حَائِطُهُ ، فَلَمْ يَهْدِمْهُ حَتَّى أَتْلَفَ شَيْئًا ، لَمْ يَضْمَنْهُ ، نَصَّ عَلَيْهِ . وَأَوْمَأَ فِي مَوْضِعٍ ، أَنَّهُ إِنْ تُقُدِّمَ إِلَيْهِ بِنَقْضِهِ وَأُشْهِدَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَفْعَلْ ، ضَمِنَ .

الشرح الكبير

الجَناحِ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ إخراجَه مُباحٌ ، بل هو مُحَرَّمٌ ؛ لأنَّه أخْرَجَ إلى هَواءِ مِلْكِ غيرِه شَيْئًا (١) يضُرُّ به ، أشْبهَ ما أخْرَجَه إلى مِلْكِ آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ بغيرِ إذْنِه . فأمَّا إن أخْرَجَه إلى مِلْكِ آدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ بغيرِ إذْنِه ، فهو مُتَعَدٍّ ، ويَضْمَنُ ما تَلِفَ به . لا نَعْلَمُ فى ذلك خِلافًا .

٢٣٧٦ – مسألة : (وإن مالَ حائِطُه ، فلم يَهْدِمْه حتى أتْلَفَ شيئًا (١) ، لم يَضْمَنْه . نَصَّ عليه . وأوْمَأَ فى مَوْضِعٍ ، أنَّه إن تُقُدِّمَ إليه لنَقْضِه وأُشْهِدَ عليه ، فلم يَفْعَلْ ، ضَمِن) إذا كان فى مِلْكِه حائِطٌ مُسْتَوٍ

الإنصاف

قوله : وإن مالَ حائطُه فلم يَهْدِمْه حتى أتْلَفَ شيئًا ، لم يَضْمَنْه ، نصَّ عليه . وهو المذهبُ . قال الحارِثِيُّ فى « شَرْحِه » : والذى عليه مُتَأَخِّرُو الأصحابِ ؛ القاضى ومَن بعدَه ، أنَّ الأصحَّ مِنَ المذهبِ عدَمُ الضَّمانِ . قال : وأصلُ ذلك قوْلُ القاضى فى « المُجَرَّدِ » : المَنْصوصُ عنه فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ ، لا ضَمانَ عليه ؛ سواءٌ طُولِبَ بنَقْضِه ، أو لم يُطالَبْ . انتهى . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » . وصحَّحه النَّاظِمُ . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وأوْمَأَ فى مَوْضِعٍ ، أنَّه إنْ تُقُدِّمَ إليه بنَقْضِه ، وأُشْهِدَ عليه ، فلم يَفْعَلْ ، ضَمِنَ . وهذا الإيماءُ ذكَرَه ابنُ بخْتانَ ، وابنُ هانِئٍ ، ونصَّ على

(١ – ١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

(١أو مائِلٌ إلى مِلْكِه١) ، أو بِناءٌ كذلك ، فسَقَطَ مِن غيرِ اسْتِهْدامٍ ولا مَيْلٍ ، فلا ضَمانَ على صاحِبِه فيما تَلِفَ به ؛ لأنَّه لم يَتَعدَّ ببنائِه ، ولا حَصَلْ منه تَفْرِيطٌ بإبْقائِه ، وإن مالَ قبلَ وُقُوعِه إلى مِلْكِه ولم يَتَجاوَزْه ، فلا ضَمانَ عليه أيضًا ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ بنائِه مائِلًا فى مِلْكِه ، وإن مالَ قبلَ وُقُوعِه إلى هَواءِ الطَّرِيقِ ، أو إلى مِلْكِ إنسانٍ ، أو مِلْكٍ مُشْتَرَكٍ بينَه وبينَ غيرِه ، وكان بحيثُ لا يُمْكِنُه نَقْضُه ، فلا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّه لم يتعدَّ ببنائِه ، ولا فَرَّطَ فى تَرْكِ نَقْضِه ؛ لعَجْزِه عنه ، أشْبَهَ ما لو سَقَط مِن غيرِ مَيْلٍ . فإن أمْكَنَه نَقْضُه ولم يَنْقُضْه ولم يُطالَبْ بذلك ، لم يَضْمَنْ ، فى المَنْصُوصِ عن أحمدَ . وهو الظّاهِرُ[٢] عن الشافعىِّ . ونحوُه قولُ الحسنِ ، والنَّخَعِىِّ ، والثَّوْرِىِّ ،

الإنصاف

ذلك ، فى رِوايَةِ إسْحاقَ بنِ مَنْصُورٍ . ذكَرَه أبو بَكْرٍ فى « زادِ المُسافِرِ » . قال الحارِثِىُّ : وهذه الرِّوايَةُ هى المذهبُ . ولم يُورِدِ ابنُ أبى مُوسى سِواها ، وكذلك قال فى « رُءوسِ المَسائلِ » ، وهو مِن كُتُبِه القَدِيمَةِ . وذكَر أبو الخَطَّابِ ، والقاضى أبو الحُسَيْنِ ، وابنُ بَكْروسٍ ، وغيرُهم ، أنَّه اخْتِيارُ طائفَةٍ مِنَ الأصحابِ . قال فى « الفُروعِ » : وعنه ، إنْ طالَبَه مُسْتَحِقٌّ بنَقْضِه ، فأبَى مع إمْكانِه ، ضَمِنَه . اخْتارَه جماعَةٌ . وقدَّمه فى « النَّظْمِ » . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وأمَّا إنْ طُولِبَ بنَقْضِه ، فلم يَفْعَلْ ، فقد توَقَّفَ أحمدُ عن الجَوابِ فيها . وقال أصحابُنا : يضْمَنُ . وقد أوْمَأَ إليه أحمدُ ، والتَّفْريعُ عليه . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » . وقيل : يضْمَنُ مُطْلَقًا . وخرَّجه أبو الخَطَّابِ ، والمَجْدُ ،

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « المنصوص » .

الشرح الكبير

وأصحابِ الرَّأْيِ ؛ لأنَّه بَناه فى مِلْكِه ، والمَيْلُ حادِثٌ بغيرِ فِعْلِه ، أشْبَهَ ما لو وَقَع قبلَ مَيْلِه . وذَكَر بعضُ أصحابِنا فيه وَجْهًا آخرَ ، أنَّ عليه الضَّمانَ . وهو قولُ ابنِ أبى لَيْلَى ، وأبى ثَوْرٍ ، وإسحاقَ ؛ لأنَّه مُتَعَدٍّ بتَرْكِه مائِلًا [٢٩٦/٤ظ] فضَمِنَ ما تَلِفَ به ، كما لو بَناه مائِلًا إلى ذلك ابْتِداءً ، ولأنَّه لو طُولِبَ بنَقْضِه فلم يَفْعَلْ ، ضَمِن ما تَلِف به ، ولو لم يَكُنْ مُوجِبًا للضَّمانِ لم يَضْمَنْ بالمُطالَبَةِ ، كما لو لم يَكُنْ مائِلًا أو كان مائِلًا إلى مِلْكِه . وأمّا إن طُولِبَ بنَقْضِه فلم يَفْعَلْ ، فقد تَوَقَّفَ أحمدُ عن الجَوابِ فيها . وقال أصحابُنا : يَضْمَنُ . وقد أوْمَأَ إليه أحمدُ . وهو مَذْهَبُ مالِكٍ . ونحوَه قال الحسنُ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : الاسْتِحْسانُ أن يَضْمَنَ ؛ لأنَّ حَقَّ الجَوازِ للمُسْلِمينَ ، ومَيْلُ الحائِطِ يَمْنَعُهم ذلك ، فكان لهمُ المُطالَبَةُ بإزالَتِه ، فإذا لم يُزِلْه ، ضَمِنَ ، كما لو وَضَع شيئًا على حائِطِ نَفْسِه فسَقَطَ فى مِلْكِ غيرِه فطُولِبَ برَفْعِه فلم يَفْعَلْ حتى عَثَر به

الإنصاف

وَجْهًا . قال الشَّارِحُ : ذكَر بعضُ أصحابِنا وَجْهًا بالضَّمانِ مُطْلَقًا . انتهى . وهذا اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ . قال الحارِثِىُّ : وهو الأقْوَى . وتقدَّم التَّنْبِيهُ على بعضِ ذلك ، فى أواخِرِ بابِ الصُّلْحِ .

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ ، إذا عَلِمَ بمَيَلانِه ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . ولم يذْكُرْ فى « التَّرْغيبِ » العِلْمَ بمَيَلانِه . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، وجماعَةٍ .

فوائد ؛ إحْداها ، كَيْفِيَّةُ الإشْهادِ : اشْهَدُوا أنِّى طالَبْتُه بنَقْضِه . أو : تقَدَّمتُ إليه بنَقْضِه . ذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ ، وذكَر القاضى بعضَه ، وكذلك كلُّ لَفْظٍ أدَّى

الشرح الكبير

إنْسانٌ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، لا ضَمانَ عليه . قال أبو حنيفةَ : وهو القِياسُ . لأنَّه بَناه فى مِلْكِه و لم يَسْقُطْ بفِعْلِه ، فأشْبَهَ ما لو لم يُطالَبْ بنَقْضِه ، أو سَقَط قبلَ مَيْلِه ، أو لم يُمْكِنْه نَقْضُه ، ولأنَّه لو وَجَب الضَّمانُ به لم تُشْتَرَطِ المُطالَبَةُ به ، كما لو بَناه مائِلًا إلى غيرِ مِلْكِه . فإن قُلْنا : عليه الضَّمانُ إذا طُولِبَ . فإنَّ المُطالَبَةَ مِن كلِّ مُسْلمٍ أو ذِمِّيٍّ تُوجِبُ الضَّمانَ ، إذا كان مَيْلُه إلى الطَّرِيقِ ؛ لأنَّ لكلِّ واحِدٍ منهم حَقَّ المُرُورِ ، فكانت له المُطالَبَةُ ، كما لو مالَ الحائِطُ إلى مِلْكِ جَماعَةٍ كان لكلِّ واحِدٍ منهم المُطالَبَةُ . وإذا طالَبَ واحِدٌ ، فاسْتأْجَلَه صاحِبُ الحائِطِ ، أو أَجَّلَه الإمامُ ، لم يَسْقُطْ عنه الضَّمانُ ؛ لأنَّ الحَقَّ لجميعِ المُسْلِمينَ ، فلا يَمْلِكُ الواحِدُ منهم إسْقاطَه . وإن كانتِ المُطالَبَةُ لمُسْتأْجِرِ الدّارِ ومُرْتَهِنِها ومُسْتَعِيرِها أو[1]

الإنصاف

إليه . ثم المَيْلُ إلى السَّابلَةِ فيَسْتَقِلُّ بها الإمامُ ، ومَن قامَ مَقامَه ، وكذا الواحِدُ مِنَ الرَّعِيَّةِ ؛ مُسْلِمًا كان أو ذِمِّيًّا . ولو كان إلى دَرْبٍ مُشْتَرَكٍ ، فكذلك يسْتَقِلُّ به الواحِدُ مِن أهْلِه . ذكَرَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُهم . وإنْ كانَ إلى دارِ مالِكٍ مُعَيَّنٍ ، اسْتَقَلَّ به . وإنْ كانَ ساكِنُها الغيرَ ، فكالمالِكِ . وإنْ كانَ السَّاكِنُ جماعَةً ، اسْتَقَلَّ به أحدُهم . وإنْ كانَ غاصِبًا ، لم يَمْلِكْه ، وما تَلِفَ له ، فغيرُ مَضْمُونٍ . الثَّانيةُ ، لو سقَطَ الجِدارُ مِن غيرِ مَيَلانٍ ، لم يضْمَنْ ما توَلَّدَ منه ، بلا خِلافٍ . وإنْ بَناه مائِلًا إلى مِلْكِ الغيرِ بإذْنِه ، أو إلى مِلْكِ نَفْسِه ، أو مالَ إليه بعدَ البِناءِ ، لم يضْمَنْ . وإنْ بَناه مائِلًا إلى الطَّرِيقِ ، أو إلى مِلْكِ الغيرِ بغيرِ إذْنِه ، ضَمِنَ . قال المُصَنِّفُ : لا أعْلَمُ فيه خِلافًا . ومَسْأَلَةُ المُصَنِّفِ ، بَناه مُسْتَوِيًا ، ثم مالَ .

---

(١) فى م : « و » .

الشرح الكبير

مُسْتَوْدَعِها ، فلا ضَمانَ عليهم ؛ لأنَّهم لا يَمْلِكُونَ النَّقْضَ ، وليس الحائِطُ مِلْكًا لهم ، وإن طُولِبَ المالِكُ فى هذه الحالِ ، فلم يُمْكِنْه اسْتِرْجاعُ الدّارِ ونَقْضُ الحائطِ ، فلا ضَمانَ عليه ؛ لعَدَمِ تَفْرِيطِه ، وإن أمْكَنَه اسْتِرْجاعُها كالمُعِيرِ والمُودِعِ والرَّاهِنِ إذا أمْكَنَه [٢٩٧/٤ و] فَكاكُ الرَّهْنِ فلم يَفْعَلْ ، ضَمِن ؛ لأنَّه أمْكَنَه النَّقْضُ . وإن كان المالِكُ مَحْجُورًا عليه لسَفَهٍ أو صِغَرٍ أو جُنُونٍ ، فطُولِبَ هو ، لم يَلْزَمْه الضَّمانُ ؛ لأنَّه ليس أهْلًا للمُطالَبَةِ ، وإن طُولِبَ وَلِيُّه أو وَصِيُّه ، فلم يَنْقُضْه ، فالضَّمانُ على المالِكِ ؛ لأنَّ سَبَبَ

الإنصاف

الثَّالثةُ ، لا أثَرَ لمُطالَبَةِ مُسْتَأْجِرِ الدَّارِ ، ومُسْتَعِيرِها ، ومُسْتَوْدِعِها ، ومُرْتَهِنِها ، ولا ضَمانَ عليهم ، فلو طُولِبَ المالِكُ فى هذه الحالِ ؛ فإنْ لم يُمْكِنْه اسْتِرْجاعُها ، أو نَقْضُ الحائطِ ، فلا ضَمانَ ، وإنْ أمْكَنَه ؛ كالمُعيرِ ، والمُودِعِ ، والرَّاهِنِ ، إذا أمْكَنَه فِكاكُ الرَّهْنِ ، ولم يَفْعَلْ ، ضَمِنَ . ذكَرَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُهم . وإنْ حُجِرَ على المالِكِ ؛ لسَفَهٍ ، أو صِغَرٍ ، أو جُنونٍ ، فطُولِبَ ، لم يضْمَنْ ، وإنْ طولِبَ وَلِيُّه ، أو وَصِيُّه ، فلم يَنْقُضْه ، ضَمِنَ المالِكُ . قالَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، والمُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحُ ، والحارِثِىُّ ، وغيرُهم . قال فى « الفُروعِ » : ولا يضْمَنُ وَلِىٌّ فرَّطَ ، بل مُوَلِّيه ، ذكَرَه فى « المُنْتَخَبِ » ، ويتَوجَّهُ عكْسُه . وكأنَّه لم يطَّلِعْ على كلامِ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، والحارِثِىِّ . (١ وقال ابنُ عَقِيلٍ : الضَّمانُ على الوَلِىِّ . قال الحارِثِىُّ ١) : وهو الحَقُّ ؛ [٢٠٣/٢ و] لوُجودِ التَّفْرِيطِ ، وهو التَّوجِيهُ الذى ذكَرَه فى « الفُروعِ » . الرَّابعةُ ، لو كان المَيَلانُ إلى مِلْكِ مالِكٍ مُعَيَّنٍ ؛ إمَّا واحدٍ أو

(١ - ١) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير

الضَّمانِ مالُه ، فكان الضَّمانُ عليه دونَ المُتَصرِّفِ[1] ، كالوَكِيلِ مع المُوَكِّلِ . وإن كان المِلْكُ مُشْتَرَكًا بين[2] جَماعَةٍ ، فطُولِبَ أحَدُهُم بنَقْضِه ، احْتَمَلَ وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، لا يَلْزَمُه شئٌ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه نَقْضُه بدونِ إذْنِهِم ، فهو كالعاجزِ . والثانى ، يَلْزَمُه بحِصَّتِه ؛ لأنَّه يتَمَكَّنُ مِن النَّقْضِ بمُطالَبَتِه شُرَكاءَه وإلْزامِهم النَّقْضَ ، فصارَ بذلك مُفَرِّطًا . فإن كان مَيْلُ الحائطِ إلى مِلْكِ آدَمِىٍّ مُعَيَّنٍ إمّا واحِدٍ أو جَماعَةٍ ، فالحُكْمُ على ما ذَكَرْنا ، إلَّا أنَّ المُطالَبَةَ تكونُ للمالكِ ، أو ساكِنِ المِلْكِ الذى مالَ إليه دُونَ غيرِه . وإن كان لجَماعَةٍ ، فأيُّهم طالَبَ ، وَجَب النَّقْضُ بمُطالَبَتِه ، كما لو طالَبَ واحِدٌ بنَقْضِ المائِلِ إلى الطَّرِيقِ ، إلَّا أنَّه متى طُولِبَ ثم أجَّلَه صاحِبُ المِلْكِ ، أو أبْرَأَه منه ، أو فَعَل ذلك ساكِنُ الدّارِ التى مال إليها ، جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ له ، وهو يَمْلِكُ إسْقاطَه . وإن مالَ إلى دَرْبٍ غيرِ نافِذٍ ، فالحَقُّ لأهْلِ الدَّرْبِ ، والمُطالَبَةُ لهم ؛ لأنَّ المِلْكَ لهم ، ويَلْزَمُ النَّقْضُ بمُطالَبَةِ أحَدِهِم ، ولا يَبْرَأُ بإبْرائِه وتَأْجِيلِه ، إلَّا أن يَرْضَى بذلك جَمِيعُهم ؛ لأنَّ الحَقَّ للجَمِيعِ .

الإنصاف

جماعةٍ ، فأمْهَلَه المالِكُ ، أو أبْرَأَه ، جازَ ، ولا ضَمانَ . وإنْ أمْهَلَه ساكِنُ المِلْكِ ، أو أبْرَأَه ، فكذلك . ذكَرَه القاضى ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقدَّمه الحارِثِىُّ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : لا يسْقُطُ ، ولا يتأَجَّلُ ، إلَّا أنْ يجْتَمِعا ، أعْنِى السَّاكِنَ والمالِكَ . قال الحارِثِىُّ : والذى قالَه : أنَّه لا يَبْرَأُ بالنِّسْبَةِ إلى المُبْرِئ . فليس كما قال ؛ لأنَّ مَن

---

(١) فى م : « التصرف » .

(٢) فى الأصل : « مع » .

الشرح الكبير

فصل : وإن لم يَمِلِ الحائطُ لكنْ تشَقَّقَ ، فإن لم يُخْشَ سُقُوطُه ؛ لكَوْنِ شُقُوقِه بالطُّولِ ، لم يَجِبْ نَقْضُه ، وحُكْمُه حُكْمُ الصَّحِيحِ ، قِياسًا عليه . وإن خِيفَ وُقُوعُه ؛ لكَوْنِه مَشْقُوقًا بالعَرْضِ ، فحُكْمُه حُكْمُ المائلِ ؛ لأنَّه يُخافُ منه التَّلَفُ ، أشْبَهَ المائِلَ .

فصل : ولو بَنَى فى مِلْكِه حائِطًا مائِلًا إلى الطَّرِيقِ أو إلى مِلْكِ غيرِه ، فتَلِفَ به شىءٌ أو سَقَط على شىءٍ أتْلَفَه ، ضَمِن ؛ لتَعَدِّيه ، فإنَّه ليس له البِناءُ فى هَواءِ مِلْكِ غيرِه أو هَواءٍ مُشْتَرَكٍ ، ولأنَّه يُعَرِّضُه للوُقُوعِ على غيرِه فى غيرِ مِلْكِه ، أشْبَهَ [٢٩٧/٤ظ] ما لو نَصَب فيه مِنْجَلًا يَصِيدُ به . وهذا مَذْهَبُ الشافِعِىِّ . ولا نَعْلَمُ فيه مُخالِفًا .

الإنصاف

ملَكَ حقًّا ، ملَك إسْقاطَه ، وإنْ كان بالنِّسْبَةِ إلى مَن لم يَبْرَأْ ، فنَعم ، وذلك على سَبيلِ التَّفْصِيلِ لا يقْبَلُ خِلافًا . وإنْ كان المَيَلانُ إلى دَرْبٍ لا ينْفُذُ ، أو إلى سابِلَةٍ ، فأبْرأه البعضُ ، أو أمْهَلَه ، بَرِئَ ، بالنِّسْبَةِ إلى المُبْرِئِ ، أو المُمْهِلِ . الخامسةُ ، لو كان المِلْكُ مُشْتَرَكًا ، فطُولِبَ أحدُهم بنَقْضِه ، فقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : احْتَمَلَ وَجْهَيْن . وأطْلَقهما فى « الفروعِ » ؛ أحدُهما ، لا يَلْزَمُه شىءٌ . والثَّانى ، يَلْزَمُه بحِصَّتِه . وهو ظاهرُ ما جزَم به النَّاظِمُ . السَّادسةُ ، لو باعَ الجِدارَ مائِلًا بعدَ التَّقدُّمِ إليه ، فقال القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والسَّامَرِّئُ فى « فُروقِه » : لا ضَمانَ عليه ؛ لزَوالِ التَّمَكُّنِ مِنَ الهَدْمِ حالَةَ السُّقُوطِ . قال المُصَنِّفُ : ولا على المُشْتَرِى ؛ لانْتِفاءِ التَّقَدُّمِ إليه . وكذا الحُكْمُ لو وهَبَه وأقْبضَه . وإنْ قُلْنا بلُزومِ الهِبَةِ ، زالَ الضَّمانُ عنه بمُجَرَّدِ العَقْدِ . انتهى . وقال ابنُ

الشرح الكبير

فصل : إذا تُقُدِّمَ إلى صاحِبِ الحائِطِ المائِلِ بنَقْضِه ، فبَاعَه مائِلًا ، فسَقَطَ على شيءٍ ، فتَلِفَ به ، فلا ضَمانَ على بائِعِه ؛ لأنه ليس بمِلْكِه ، ولا على المُشْتَرِى ؛ لأنَّه لم يُطالَبْ بنَقْضِه ، وكذلك إن وَهَبَه وأقْبَضَه ، وإن قُلْنا بلُزُومِ الهِبَةِ ، زالَ الضَّمانُ عنه بمُجَرَّدِ العَقْدِ . وإذا وَجَبَ الضَّمانُ وكان التّالِفُ به آدَمِيًّا ، فالدِّيَةُ على عاقِلَتِه ، فإن أنْكَرَتِ العاقِلَةُ كَوْنَ الحائِطِ لصاحِبِهم ، لم يَلْزَمْهُم ، إلَّا أن يَثْبُتَ ذلك ببَيِّنَةٍ ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ الوُجُوبِ عليهم ، فلا يَجِبُ بالشَّكِّ ، وإنِ اعْتَرَفَ صاحِبُ الحائِطِ ، فالضَّمانُ عليه دُونَهم ؛ لأنَّ العاقِلَةَ لا تَحْمِلُ الاعْتِرافَ ، وكذلك إن أنْكَرُوا مُطالَبَتَه بنَقْضِه ، فالحُكْمُ على ما ذَكَرْنا . وإن كان الحائِطُ فى يَدِ صاحِبِهم ، وهو ساكِنٌ فى الدّارِ ، لم يَثْبُتْ بذلك الوُجُوبُ عليهم ؛ لأنَّ دَلالَةَ ذلك على المِلْكِ مِن جِهَةِ الظاهِرِ ، والظاهِرُ لا تَثْبُتُ به الحُقُوقُ ، وإنَّما تُرَجَّحُ به الدَّعْوَى .

الإنصاف

عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » : إنْ باعَه فِرارًا ، لم يسْقُطِ الضَّمانُ ؛ لأنَّ الحِيَلَ لا تُسْقِطُ الحُقوقَ بعدَ وُجوبِها . انتهى . وقال الحارِثِىُّ : والأَوْلَى ، إنْ شاءَ اللهُ ، وُجوبُ الضَّمانِ عليه مُطْلَقًا . وقال ابنُ عَقِيلٍ ، بعدَ كلامِه المُتَقدِّمِ : وكذا لو باعَ فَخًّا أو شَبَكَةً مَنْصُوبَيْن ، فوَقَعَ فيهما صَيْدٌ فى الحَرَمِ ، أو مَمْلُوكٌ للغيرِ ، لم يسْقُطْ عنه ضَمانُه . قال ابنُ رَجَبٍ : والظَّاهِرُ أنَّ القاضىَ لا يُخالِفُ فى هذه الصُّورَةِ . قالَه فى « القاعِدَةِ الرَّابِعَةِ والعِشْرِين » . وقال فى « القاعِدَةِ التَّاسِعَةِ والثَّمانِين » : وهل يجِبُ الضَّمانُ على مَنِ انْتَقَلَ المِلْكُ إليه إذا اسْتَدامَه ، أم لا ؟ الأظْهَرُ وُجوبُه عليه ، كمَنِ اشْتَرَى حائِطًا مائِلًا ، فإنَّه يقُومُ مَقامَ البائعِ فيه ، فإذا طُولِبَ بإزالَتِه ، فلم يفْعَلْ ، ضَمِنَ على رِوايَةٍ . انتهى . السَّابعةُ ، إذا تشَقَّقَ الحائِطُ طُولًا ، لم يُوجِبْ

المقنع

وَمَا أَتْلَفَتِ الْبَهِيمَةُ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِهَا ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ فِى يَدِ إِنْسَانٍ ؛ كَالرَّاكِبِ وَالسَّائِقِ وَالْقَائِدِ ، فَيَضْمَنُ مَا جَنَتْ يَدُهَا أَوْ فَمُهَا دُونَ مَا جَنَتْ رِجْلُهَا .

الشرح الكبير

٢٣٧٧ – مسألة : (وما أَتْلَفَتِ البَهِيمَةُ ، فلا ضَمانَ على صاحِبِها ، إلَّا أن تكونَ فى يَدِ إنسانٍ ؛ كالرَّاكِبِ والسَّائِقِ والقائِدِ ، فيَضْمَنُ ما جَنَتْ يَدُها أو فَمُها دونَ ما جَنَتْ برِجْلِها) إذا أَتْلَفَتِ البَهِيمَةُ شيئًا ، فلا ضَمانَ على صاحِبِها ، إذا لم تَكُنْ يَدُ أَحَدٍ عليها ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « الْعَجْمَاءُ جُرْحُهَا جُبَارٌ »[1] . يَعْنِى هَدْرًا . فأمَّا إن كانت يَدُ صاحِبِها عليها ، كالرَّاكِبِ والسَّائِقِ والقائِدِ ، فإنَّه يَضْمَنُ . وهذا قولُ شُرَيْحٍ ، وأبى حنيفةَ ، والشافعىِّ . وقال مالكٌ : لا ضَمانَ عليه ؛ لِما ذَكَرْنا مِن

الإنصاف

نقْضَه ، وحُكْمُه حُكْمُ الصَّحيحِ ، وإنْ تشَقَّقَ عَرْضًا ، فحُكْمُه حُكْمُ المائلِ ، على ما تقدَّم . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والحارِثِىُّ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرُهم .

قوله : وما أَتْلَفَتِ البَهِيمَةُ ، فلا ضَمانَ على صاحِبِها . وهذا المذهبُ بشَرْطِه الآتِى ، وعليه الأصحابُ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرُهم مِنَ الأصحابِ ، وسواءٌ كان التَّالِفُ صَيْدَ حَرَمٍ أو غيرَه . قال فى « الفُروعِ » : أطْلَقَه الأصحابُ . قال : ويتَوَجَّهُ ، إلَّا الضَّارِيَةَ ، ولعَلَّه مُرادُهم . وقد قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، فى مَن أمَرَ رَجُلًا بإمْساكِها : ضَمِنَه ، إنْ لم يُعْلِمْه بها . وقال فى « الفُصولِ » : مَن أطْلَقَ كَلْبًا عَقُورًا ، أو دابَّةً رَفُوسًا ، أو

---

(١) تقدم تخريجه فى ٦/٥٨٧ .

الشرح الكبير

الحَدِيثِ ، ولأنَّه جنايَةُ بَهِيمَةٍ ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو لم تكُنْ يَدُه عليها . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ : « الرِّجْلُ[1] جُبَارٌ » . رَواه سعيدٌ[2] ، بإسْنادِه ، عن الهُزَيْلِ بنِ شُرَحْبيل ، عن النبيِّ ﷺ . وعن أبي هُرَيْرَةَ[3] عن النبيِّ ﷺ . وتَخْصِيصُ الرِّجْلِ بكَوْنِها جُبارًا [٢٩٨/٤و] دَلِيلٌ على وُجُوبِ الضَّمَانِ في جِنايَةِ غيرِها ، ولأنَّه يُمْكِنُه حِفْظُها مِن الجِنايَةِ إذا كان راكِبَها أو يَدُه عليها ، بخِلَافِ مَن لا يَدَ له عليها ، وحَدِيثُه مَحْمُولٌ على مَن لا يَدَ له عليها .

الإنصاف

عَضُوضًا على النَّاسِ ، وخَلَّاه في طُرُقِهم ومَصاطِبِهم ورِحابِهم ، فأَتْلَفَ مالًا ، أو نَفسًا ، ضَمِنَ ؛ لتَفْرِيطِه . وكذا إنْ كانَ له طائرٌ جارِحٌ ؛ كالصَّقْرِ والبازِيِّ ، فأفْسَدَ طُيورَ النَّاسِ وحَيواناتِهم . انتهى . قلتُ : وهو الصَّوابُ .

فائدة : قال في « الانْتِصارِ » : البَهِيمَةُ الصَّائِلَةُ يَلْزَمُ مالِكَها وغيرَه إتْلافُها . وكذا قال في « عُيونِ المَسائلِ » : إذا عُرِفَتِ البَهِيمَةُ بالصَّوْلِ ، يجِبُ على مالِكِها قَتْلُها ، وعلى الإمامِ وغيرِه ، إذا صالَتْ على وَجْهِ المَعْروفِ ، ومَن وجَب قَتْلُه على وَجْهِ المَعْروفِ ، لم يُضْمَنْ ، كمُرْتَدٍّ . وتقدَّم إذا كانتِ البَهِيمَةُ مغْصُوبَةً ، وأتْلَفَتْ ، عندَ قَوْلِه : وإنْ جنَى المَغْصُوبُ ، فعليه أَرْشُ جِنايَتِه .

قوله : إلَّا أنْ تكُونَ في يَدِ إنْسانٍ ؛ كالرَّاكِبِ ، والسَّائِقِ ، والقائدِ – يعْنِي ، إذا كان قادِرًا على التَّصرُّفِ فيها – فيَضْمَنَ ما جنَتْ يدُها أو فَمُها دُونَ ما جَنَتْ

---

(١) في : تش ، م : « والرجل » .

(٢) وأخرجه عبد الرزاق ، في : باب العجماء ، من كتاب العقول . المصنف ٦٧/١٠ . والدارقطني ، في : كتاب الحدود والديات . سنن الدارقطني ١٥٣/٣ ، ١٥٤ .

(٣) أخرجه أبو داود ، في : باب في الدابة تنفح برجلها ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٥٠٢/٢ .

الشرح الكبير

فصل : ولا يَضْمَنُ ما جَنَتْ برِجْلِها . وبه قال أبو حنيفةَ . وعن أحمدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أنَّه يَضْمَنُها . وهو قولُ شُرَيْحٍ ، والشافِعِيِّ ؛ لأنَّه مِن جنايَةِ بَهِيمَةٍ يَدُه عليها ، فضَمِنَه ، كجِنايَةِ يَدِها . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ « الرِّجْلُ جُبَارٌ » . ولأنَّه لا يَمْلِكُ حِفْظَ رِجْلِها عن الجِنايَةِ ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو لم تكُنْ يَدُه عليها . فأمّا إن كانت جنايَتُها بفِعْلِه ، مثلَ أن كَبَحَها أو ضَرَبَها فى وَجْهِها ونحوِ ذلك ، فإنَّه يَضْمَنُ جِنايَةَ رِجْلِها ؛ لأنَّه السَّبَبُ فى جِنايَتِها ، فكان عليه ضَمانُها ، ولو كان السَّبَبُ غيرَه ، مثلَ أن نَخَسَها أو نَفَّرَها ، فالضَّمانُ على مَن فَعَل ذلك دونَ راكِبِها وسائِقِها وقائِدِها ؛ لأنَّه السَّبَبُ فى جِنايَتِها .

الإنصاف

رِجْلُها . وهذا المذهبُ . قال الحارِثِيُّ : هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « خِلافِه الصَّغِيرِ » ، والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، وابنُ عَقِيلٍ فى « التَّذْكِرَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِيِّ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وعنه ، يضْمَنُ السَّائقُ جِنايَةَ رِجْلِها . قال القاضى [٢٠٣/٢ ظ] ، وابنُ عَقِيلٍ : وهى أصحُّ ؛ لتَمَكُّنِ السَّائقِ مِن مُراعاةِ الرِّجْلِ ، بخِلافِ الرَّاكِبِ والقائدِ . وعنه ، يضْمَنُ ما جنَتْ برِجْلِها ؛ سواءٌ كان سائِقًا أو قائدًا ، أو راكِبًا . ذكَرَها فى « المُغْنِى » وغيرِه . قال الحارِثِيُّ : وأوْرَدَ فى « المُغْنِى » هذا الخِلافَ مُطْلَقًا فى القائدِ والسَّائقِ والرَّاكِبِ ، والصَّوابُ ما حَكاه فى « الكافِى » وغيرِه مِنَ التَّقْييدِ بالسَّائقِ ؛ فإنَّه مأْخُوذٌ مِنَ القاضى ، والقاضى إنَّما

الشرح الكبير

فصل : فإن كان على الدَّابَّةِ راكِبانِ ، فالضَّمانُ على الأوَّلِ منهما ؛ لأنَّه المُتَصَرِّفُ فيها القادِرُ على كَفِّها ، إلَّا أن يكونَ الأوَّلُ منهما صَغِيرًا أو مَرِيضًا ونحوَهما ، ويكونَ الثانى هو المُتَوَلِّىَ لتَدْبِيرِها ، فيكونُ الضَّمانُ عليه . فإن كان مع الدّابَّةِ قائِدٌ وسائِقٌ ، فالضَّمانُ عليهما ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما لو انْفَرَدَ ضَمِن ، فإذا اجْتَمَعا ضَمِنَا . وإن كان معهما أو مع أحَدِهما راكِبٌ ، فالضَّمانُ عليهم جَمِيعًا ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لذلك . والثانى ، الضَّمانُ على الرّاكِبِ ؛ لأنَّه أقْوَى يَدًا وتَصرُّفًا . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ على القائِدِ ؛ لأنَّه لا حُكْمَ للرَّاكِبِ معه .

الإنصاف

ذكَرَه فى السَّائقِ فقط . انتهى . قلتُ : هذا غيرُ مُؤَثِّرٍ فيما أوْرَدَه المُصَنِّفُ مِنَ الإطْلاقِ ؛ لأنَّ جماعَةً مِنَ الأصحابِ حَكَوا الرِّواياتِ الثَّلاثَ ، والنَّاقِلُ مُقَدَّمٌ على النَّافِى . وقال فى « المُحَرَّرِ » : يضْمَنُ إذا كان معها راكِبٌ أو قائدٌ أو سائقٌ ما جنَتْ بيَدِها وفَمِها ووَطْءِ رِجْلِها ، دُونَ نَفْحِها ابْتِداءً . انتهى . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقال ابنُ البَنَّا : إنْ نفَحَتْ برِجْلِها ، وهو يَسِيرُ عليها ، فلا ضَمانَ ، وإنْ كان سائقًا ، ضَمِنَ ما جنَتْ برِجْلِها .

فوائد ؛ منها ، لو كبَحَها باللِّجامِ زِيادَةً على المُعْتادِ ، أو ضرَبَها فى الوَجْهِ ، ضَمِنَ ما جنَتْ برِجْلِها أيضًا ، ولو لمَصْلَحَةٍ . قال الحارِثِىُّ : لا يخْتَلِفُ الأصحابُ فى وُجوبِ الضَّمانِ وَطْئًا ونَفْحًا . وظاهِرُ نَقْلِ ابنِ هانِئٍ فى الوَطْءِ ؛ لا يضْمَنُ . (1) ونقَل أبو طالِبٍ ، لا يضْمَنُ (1) ما أصابَتْ برِجْلِها ، أو نفَحَتْ بها ؛ لأنَّه لا يَقْدِرُ على حَبْسِها . وهو ظاهِرُ كلامِ جماعَةٍ . قالَه فى « الفُروعِ » .

(1 - 1) سقط من : الأصل ، ط ، انظر : الفروع 4/522 .

الشرح الكبير

فصل : والجَمَلُ المَقْطُورُ على الجَمَلِ الذى عليه راكِبٌ ، يَضْمَنُ جنايَتَه ؛ لأَنَّه فى حُكْمِ القائِدِ ، فأَمّا الجَمَلُ المَقْطُورُ على الجَمَلِ الثانى ، فيَنْبَغِى أن لا يَضْمَنَ جِنايَتَه ، إلَّا أن يكونَ له سائِقٌ ؛ لأنَّ الرَّاكِبَ الأَوَّلَ لا يُمْكِنُه حِفْظُه عن الجِنايةِ . ولو كان مع الدَّابَّةِ وَلَدُها ، لم يَضْمَنْ جِنايَتَه ؛ لأَنَّه لا يُمْكِنُه حِفْظُه . وذَكَر ابنُ أبى مُوسَى فى « الإِرْشادِ » أنَّه يَضْمَنُ ، قال : لأَنَّه يُمْكِنُه حِفْظُه(1) بالشَّدِّ .

الإنصاف

ومنها ، لا يضْمَنُ ما جنَتْ بذَنَبِها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، كرِجْلِها . قال فى « الفُروعِ » : ولا ضَمانَ بذَنَبِها فى الأصحِّ . جزَم به فى « التَّرْغِيبِ » وغيرِه ، وجزَم به أيضًا فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم ، مع ذِكْرِهم الخِلافَ فى الرِّجْلِ . وقيل : يضْمَنُ . قال الحارِثِىُّ : والذَنَبُ كالرِّجْلِ ، يَجْرِى فيه الخِلافُ فى السَّائقِ ، ولا يضْمَنُ به الرَّاكِبُ والقائدُ ، كما لا يضْمَنُ بالرِّجْلِ ، وجْهًا واحِدًا . كذا أَوْرَدَه فى « الكافِى » . انتهى . ومنها ، لو كان السَّبَبُ مِن غيرِ السَّائقِ والقائدِ والرَّاكِبِ ؛ مِثْلَ أنْ نخَسَها أو نَفَّرَها غيرُه ، فالضَّمانُ على مَن فعَل ذلك . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . ومنها ، لو جنَى وَلَدُ الدَّابَّةِ ، ضَمِنَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهب ، نصَّ عليه . واخْتارَه ابنُ أبى مُوسى ، والسَّامَرِّىُّ ، وقطَعا به . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : يَضْمَنُ إنْ فرَّطَ ؛ نحوَ أنْ يَعْرِفَه شَمُوصًا ، وإلَّا فلا . وقيل : لا يَضْمَنُ مُطْلَقًا . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقدَّمه فى « الفائقِ » ، ومنها ، لو كان الرَّاكِبُ اثْنان ، فالضَّمانُ على الأَوَّلِ ، إلَّا أنْ يكونَ صَغِيرًا أو

(1) فى تش ، م : « ضبطه » .

الإنصاف مَرِيضًا ، ونحوَهما ، وكان الثَّانِى مُتَوَلِّيًا تَدْبِيرَها ، فيَكونَ الضَّمانُ عليه . وقال الحارِثِىُّ : وإنِ اشْتَرَكا فى (١ التَّصرُّفِ ، اشْتَرَكا فى١) الضَّمانِ . وإنْ كان مع الدَّابَّةِ سائقٌ وقائدٌ ، فالضَّمانُ عليهما ، على المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . قال الحارِثِىُّ : وعن بعضِ المالِكِيَّةِ ، الضَّمانُ على القائدِ وحدَه . قال : وهذا قَوْلٌ حَسَنٌ . وإنْ كان معهما ، أو مع أحَدِهما راكِبٌ ، اشْتَرَكُوا فى الضَّمانِ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، الضَّمانُ على الرَّاكِبِ فقط . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفائقِ » . وقيل : يضْمَنُ القائدُ فقط . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » . ومنها ، الإبِلُ والبِغالُ المُقْطَرَةُ كالبَهِيمَةِ الواحِدَةِ ، على قائدِها الضَّمانُ ، وإنْ كان معه سائقٌ ، شارَكَه فى ضَمانِ الأخِيرِ منها دُونَ ما قبلَه . هذا إذا كان فى آخِرِها . فإنْ كان فى أوَّلِها ، شارَكَ فى الكُلِّ ، وإنْ كان فيما عَدا الأوَّلَ ، شارَكَ فى ضَمانِ ما باشَرَ سَوْقَه ، دُونَ ما قبلَه ، وشارَكَ فيما بعدَه . وإنِ انْفَرَدَ راكِبٌ بالقِطارِ ، وكان على أوَّله ، ضَمِنَ جِنايَةَ الجَميعِ . قالَه الحارِثِىُّ . وقال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى »[٢] ، ومَن تَبِعَه : المَقْطورُ على الجَمَلِ المَرْكوبِ ، يضْمَنُ جِنايَتَه ؛ لأنَّه فى حُكْمِ القائدِ له ، فأمَّا المَقْطورُ على الجَمَلِ الثَّانِى ، فيَنْبَغِى أنْ لا تُضْمَنَ جِنايَتُه ؛ لأنَّ الرَّاكِبَ الأوَّلَ لا يُمْكِنُه حِفْظُه عنِ الجِنايَةِ . انتهى . قال الحارِثِىُّ : وليس بالقَوِىِّ ؛ فإنَّ ما بعدَ الرَّاكبِ إنَّما يَسِيرُ بسَيرِه ، ويَطَأُ بوَطْئِه ، فأمْكَنَ حِفْظُه عنِ الجِنايَةِ ، فضَمِنَ ، كالمَقْطُورِ على ما تحتَه . انتهى . ومنها ، لوِ انفَلَتَتِ الدَّابَّةُ ممَّن هى فى يَدِه ، وأفْسدَتْ ، فلا ضَمانَ . نصَّ عليه ، فلوِ اسْتَقْبَلَها إنْسانٌ فرَدَّها ، فقِياسُ قَوْلِ

(١ - ١) سقط من : الأصل .
(٢) انظر : المغنى ١٢/ ٥٤٥ .

المقنع

وَمَا أَفْسَدَتْ مِنَ الزَّرْعِ وَالشَّجَرِ لَيْلًا ، وَلَا يَضْمَنُ مَا أَفْسَدَتْ مِنْ ذَلِكَ نَهارًا .

الشرح الكبير

٢٣٧٨ – مسألة : (و) يَضْمَنُ [٢٩٨/٤ظ] (ما أَفْسَدَتْ مِن الزَّرْعِ والشَّجَرِ لَيْلًا ، ولا يَضْمَنُ ما أَفْسَدَتْ مِن ذلك نَهارًا) يَعْنِى إذا لم تكُنْ يَدُ أحدٍ عليها . وهذا قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ ، وأكْثَرِ فُقَهاءِ الحِجَازِ . وقال اللَّيْثُ : يَضْمَنُ مالِكُها ما أفْسدتْه لَيْلًا ونَهارًا ، بأقَلِّ الأَمْرَيْن مِن قِيمَتِها أو قَدْرِ ما أتْلَفَتْه ، كالعَبْدِ إذا جَنَى . وقال أبو حنيفةَ : لا ضَمانَ عليه بحالٍ ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « العَجْمَاءُ جُرْحُهَا جُبَارٌ » . يَعْنِى هَدْرًا . ولأنَّها أفْسَدَتْ وليست يَدُه عليها ، فلم يَضْمَنْ ، كالنَّهارِ ، أو كما

الإنصاف

الأصحابِ الضَّمانُ . قالَه الحارِثِىُّ . ومنها ، لا فَرْقَ فى الرَّاكبِ والسَّائقِ والقائدِ ، بينَ المالِكِ ، والأجِيرِ ، والمُسْتَأْجِرِ ، والمُسْتَعيرِ ، والمُوصَى إليه بالمَنْفَعةِ . وعُمومُ نُصوصِ أحمدَ تقْتَضِيه .

قوله : وما أفْسَدَتْ مِنَ الزَّرْعِ والشَّجَرِ لَيْلًا . يعْنِى ، يَضْمَنُه رَبُّها . وهذا بلا نِزاعٍ . لكِنَّ ظاهِرَ كلامِ المُصَنِّفِ الضَّمانُ ؛ سواءٌ انْفلَتَتْ باخْتِيارِه ، أو بغيرِ اخْتِيارِه . وهو رِوايَةٌ عن أحمدَ . نقَلَها جماعَةٌ ؛ منهم ابنُ مَنْصُورٍ ، وابنُ هانِئٍ . وقطَع به المُصَنِّفُ . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : صرَّح به المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، وغيرُه مِنَ الأصحابِ . انتهى . وقدَّمه فى « الفائقِ » . قال الزَّرْكَشِىُّ : كذا قال جماعَةٌ مِنَ الأصحابِ ؛ منهم القاضى فى « الجامِعِ الصَّغِيرِ » ، والشَّرِيفُ ، وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافَيْهِما » ، [٢٠٤/٢ و] والشِّيرازِىُّ ، وابنُ البَنَّا ، وابنُ عَقِيلٍ فى « التَّذْكِرَةِ » ، وغيرُهم . انتهى .

الشرح الكبير

لو أتْلَفتْ غيرَ الزَّرْعِ . ولَنا ، ما روَى مالِكٌ[1] ، عن الزُّهْرِىِّ ، عن حَرامِ بنِ سَعدِ[2] بنِ[3] مُحَيِّصَةَ ، أنَّ ناقَةً للبَراءِ دَخَلَتْ حائطَ قَوْمٍ فأفْسَدَتْ ، فقَضَى رسولُ اللهِ ﷺ ، أنَّ على أهْلِ الأمْوالِ حِفظَها بالنَّهارِ ، وما أفْسَدَتْ باللَّيْلِ فهو مَضْمُونٌ عليهم . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : إن كان هذا مُرْسَلًا فهو مَشْهُورٌ حَدَّثَ به الأئِمَّةُ الثِّقَاتُ ، وتَلَقَّاه فُقَهاءُ الحِجازِ بالقَبُولِ . ولأنَّ العادَةَ مِن أَهْلِ المَواشِى إرْسالُها فى النَّهارِ للرَّعْىِ وحِفْظُها لَيْلًا ، وعادَةُ أَهْلِ الحَوائِطِ حِفْظُها نهارًا دونَ اللَّيْلِ ، فإذا ذَهَبَتْ لَيْلًا ، كان التَّفْرِيطُ مِن أهْلِها بتَرْكِهِم حِفْظَها فى وَقْتِ عادَةِ الحِفْظِ ، وإن تَلِفَتْ نَهارًا كان التَّفْرِيطُ مِن أَهْلِ الزَّرْعِ ، فكانَ عليهم ، وقد فَرَّقَ النبىُّ ﷺ بينَهما ، وقَضَى على كلِّ إنسانٍ بالحِفْظِ فى وَقْتِ عادَتِه .

الإنصاف

والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يَضْمَنُ إذا لم يُفرِّطْ . قدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، وقال : جزَم به جماعَةٌ . قال ابنُ مُنَجَّى : وكلامُه هنا مُشْعِرٌ به ؛ لأنَّه عطَفَه على ضَمانِ ما جَنَتْ يَدُها أو فَمُها ، بعدَ اشْتِراطِ كوْنِها فى يَدِ إنْسانٍ مَوْصُوفٍ بما ذكَر . انتهى . قال الحارِثِىُّ : إنَّما يَضْمَنُ إذا فرَّط ، أمَّا إذا لمْ يُفَرِّطْ ، فإنَّه لا يَضْمَنُ . قالَه القاضِيان ؛ أبو يَعْلَى ، وابنُه أبو الحُسَيْنِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، والقاضى يَعْقُوبُ ، والسَّامَرِّىُّ ، والمُصَنِّفُ فى « الكافِى » ، وغيرُهم . انتهى .

---

(1) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب القضاء فى الضوارى والحريسة ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٤٧ ، ٧٤٨ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب المواشى تفسد زرع القوم ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/٤٣٥ ، ٤٣٦ .

(2) فى م : « سعيد » .

(3) فى الأصل : « عن » .

الشرح الكبير

فصل : قال بعضُ أصحابِنا : إنَّما يَضْمَنُ مالِكُها ما أتْلَفَتْه لَيْلًا إذا فَرَّطَ بإرْسالِها لَيْلًا أو نَهارًا ، أو[1] لم يَضُمَّها باللَّيْلِ ، أو ضَمَّها بحيث يُمْكِنُها الخُرُوجُ ، أمَّا إذا ضَمَّها فأخْرَجَها غيرُه بغيرِ إذْنِه أو فَتَح عليها بابَها ، فالضَّمانُ على مُخْرِجِها أو فاتِحِ بابِها ؛ لأنَّه المُتْلِفُ . قال القاضِى : هذه المسألَةُ عندى مَحْمُولَةٌ على مَوْضِعٍ فيه مَزارِعُ ومَرَاعٍ ، أمَّا القُرَى العامِرَةُ التى لا مَرْعَى فيها إلَّا بينَ قَرَاحَيْن[2] كساقِيَةٍ وطَرِيقٍ وطَرَفِ زَرْعٍ ، فليس لِصاحِبِها إرْسالُها بغيرِ حافِظٍ عن الزَّرْعِ ، فإن فَعَل ، فعليه الضَّمانُ ؛ لتَفْرِيطِه . وهذا قولُ بعضِ أصحابِ الشافِعِىِّ .

الإنصاف

قال فى « الفائقِ » : ولو كَسَرتِ البابَ ، أو فتَحَتْه ، فهَدَرٌ ، ولو فتَحَه آدَمِىٌّ ، ضَمِنَ .

تنبيه : قوْلُه : وما أفْسَدَتْ مِنَ الزَّرْعِ والشَّجَرِ لَيْلًا ، يضْمَنُه ربُّها . خصَّصَ الضَّمانَ بالأمْرَيْن . وهكذا قال فى « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، وجماعَةٌ . قال فى « الفُروعِ » : جزَم به المُصَنِّفُ . ولعَلَّه أرادَ فى هذا الكِتابِ . وذكَرَه أيضًا رِوايَةً عن أحمدَ . وجزَم فى « المُغْنِى » ، و « الوَجيزِ » ، أنَّه لا يضْمَنُ سِوَى الزَّرْعِ . فقال فى « المُغْنِى »[3]: إنْ أتْلَفَتْ غيرَ الزَّرْعِ ، لم يضْمَنْ مالِكُها ؛ نَهارًا كان أو لَيْلًا . قال الحارِثِىُّ ، وابنُ مُنَجَّى : ولم أجِدْه لأحَدٍ غيرَه . انتهيا . قلتُ : هو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لاقْتِصارِه عليه . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه يَضْمَنُ جميعَ

---

(1) فى الأصل : « و » .
(2) القراح : الأرض المخلاة للزرع وليس عليها بناء .
(3) انظر : المغنى ١٢/٥٤٢ .

الشرح الكبير

فصل : فإن أَتْلَفَتِ البَهِيمَةُ غيرَ الزَّرْعِ [٢٩٩/٤و] والشَّجَرِ ، لم يَضْمَنْ مالِكُها ما أتْلَفَتْه ، لَيْلًا كان أو نهارًا ، ما لم تكُنْ يَدُه عليها . وحُكِيَ عن شُرَيْحٍ أنَّه قَضَى فى شاةٍ وَقَعَتْ فى غَزْلِ حائِكٍ لَيْلًا ، بالضَّمانِ على صاحِبِها ؛ وقَرَأَ : ﴿ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ ﴾[1] . قال : والنَّفْشُ لا يكونُ إلَّا باللَّيْلِ . وعن الثَّوْرِىِّ ، يَضْمَنُ وإن كان نَهارًا ؛ لتَفْرِيطِه بإرْسالِها . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « العَجْمَاءُ جَرْحُها جُبَارٌ » . مُتَّفَقٌ عليه[2] . أى هَدْرٌ . وأمَّا الآيَةُ ، فالنَّفْشُ هو الرَّعْىُ باللَّيْلِ ، وكان هذا فى الحَرْثِ الذى تُفْسِدُه البَهائِمُ طَبْعًا بالرَّعْىِ ، وتَدْعُوها نَفْسُها إلى أكْلِه ، بخِلافِ غيرِه ، فلا يَصِحُّ قِياسُ غيرِه عليه .

الإنصاف

ما أتْلَفَتْه مُطْلَقًا . قال الحارِثِىُّ : وكافَّةُ الأصحابِ على التَّعْميمِ لكُلِّ مالٍ ، بل منهم مَن صرَّح بالتَّسْوِيَةِ بينَ الزَّرْعِ وغيرِه ؛ منهم القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، والسَّامَرِّىُّ فى « المُسْتَوْعِبِ » . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : خصَّ المُصَنِّفُ الحُكْمَ بالزَّرْعِ والشَّجَرِ ، وليس كذلك عندَ الأصحابِ . انتهى . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، وقال : نصَّ عليه ، وجزَم به جماعةٌ . انتهى . وقدَّمه فى « الفائقِ » أيضًا . وقال فى « الواضِحِ » : يضْمَنُ ما أتْلَفَتْ لَيْلًا مِن سائرِ المالِ ، بحيثُ لا يُنْسَبُ واضِعُه إلى تَفْرِيطٍ .

فائدة : لوِ ادَّعَى صاحِبُ الزَّرْعِ ، أنَّ غَنَمَ فُلانٍ نَفَشَتْ لَيْلًا ، ووُجِدَ فى الزَّرْعِ أثَرُ غَنَمٍ ، قُضِىَ بالضَّمانِ على صاحِبِ الغَنَمِ . نصَّ عليه فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ .

---

(١) سورة الأنبياء ٧٨ .

(٢) تقدم تخريجه فى ٥٨٧/٦ .

الشرح الكبير

فصل : إذا اسْتَعارَ بَهِيمَةً فأتْلَفَتْ شيئًا ، وهى فى[1] يَدِ المُسْتَعِيرِ ، فضَمانُه عليه ، سَواءٌ كان المُتْلَفُ لمالِكِها أو لغيرِه ؛ لأنَّ ضَمانَه يَجِبُ باليَدِ ، واليَدُ للمُسْتَعِيرِ . وإن كانت البَهِيمَةُ فى يَدِ الرّاعِى ، فأتْلَفتْ زَرْعًا أو شَجَرًا ، فالضَّمانُ على الرّاعِى دونَ المالِكِ ؛ لأنَّ إتْلافَ ذلك فى النَّهارِ لا يُضْمَنُ إلَّا بثُبُوتِ اليَدِ عليها ، واليَدُ للرَّاعِى دونَ المالِكِ ، فضَمِنَ ، كالمُسْتَعِيرِ . وإن كان الزَّرْعُ للمالِكِ وكان لَيْلًا ، ضَمِنَ أيضًا ؛ لأنَّ ضَمانَ اليَدِ أقْوَى ، بدَلِيلِ أنَّه يَضْمَنُ فى اللَّيْلِ والنَّهارِ جَمِيعًا .

الإنصاف

وجعَل الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ هذا مِنَ القِيافَةِ فى الأمْوالِ ، وجعَلَها مُعْتَبرَةً كالقِيافَةِ فى الأنْسابِ . قالَه فى « القاعِدَةِ الثَّالِثَةَ عَشْرَةَ » . ويتَخَرَّجُ وَجْهٌ ، لا يُكْتَفَى بذلك .

قلتُ : ومَحَلُّ الخِلافِ إذا لم يكُنْ هناك غَنَمٌ لغيرِه .

قوله : ولا يَضْمَنُ ما أفْسَدَتْ مِن ذلك نَهارًا . ظاهِرُه ؛ سواءٌ أرْسَلَها بقُرْبِ ما تُفْسِدُه عادَةً ، أو لا . وهو أحَدُ القَوْلَيْن ، وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وجماعةٍ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . قال الحارِثِيُّ : وهو الحَقُّ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الأكْثَرِين مِن أهْلِ المذهبِ ، وصرَّح به المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » . وقال القاضى ، وجماعةٌ مِنَ الأصحابِ : لا يَضْمَنُ إلَّا أنْ يُرْسِلَها بقُرْبِ ما تُتْلِفُه عادَةً ، فيَضْمَنَ . وذكَرَه الحارِثِيُّ وغيرُه رِوايَةً . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الوَجِيزِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وقالَه القاضى فى مَوْضِعٍ . نقَلَه الزَّرْكَشِىُّ .

---

(١) سقط من : الأصل .

فوائد ؛ الأُولَى ، قال الحارِثِىُّ : لو جرَتْ عادَةُ بعضِ النَّواحِى برَبْطِها نَهارًا ، وبإرْسالِها وحِفْظِ الزَّرْعِ لَيْلًا ، فالحُكْمُ كذلك ؛ لأنَّ هذا نادِرٌ ، فلا يُعْتَبَرُ به فى التَّخْصيصِ . الثَّانيةُ ، إرْسالُ الغاصِبِ ، ونحوِه ، مُوجِبٌ للضَّمانِ ؛ نهارًا كان أو لَيْلًا ، وإرْسالُ المُودَعِ كإرْسالِ المالِكِ فى انْتِفاءِ الضَّمانِ . قالَه الحارِثِىُّ أيضًا ، والمُسْتَعِيرُ ، والمُسْتأْجِرُ[1] كذلك . ولوِ اسْتَأْجَرَ أجيرًا لحِفْظِ دَوابِّه ، فأرْسَلَها نَهارًا ، فكذلك ، اللَّهُمَّ إلَّا أنْ يَشْتَرِطَ الكَفَّ عنِ الزَّرْعِ ، فيَضْمَنَ ، فهو كاشْتِراطِ المالِكِ على المُودَعِ ضَبْطَها نَهارًا . الثَّالثةُ ، لو طرَدَ دابَّةً مِن مَزْرَعَتِه ، لم يَضْمَنْ ما جنَتْ ، إلَّا أنْ يُدْخِلَها مَزْرَعَةَ غيرِه ، فيَضْمَنَ . وإنِ اتَّصَلَتِ المَزارِعُ ، صَبَرَ ؛ ليَرْجِعَ على صاحِبِها . ولو قَدَرَ أنْ يُخْرِجَها ، ولهُ مُنْصَرَفٌ غيرَ المَزارِعِ فترَكَها ، فهَدَرٌ . الرَّابِعَةُ ، الحَطَبُ الذى على الدَّابَّةِ ، إذا خرَقَ ثَوْبَ آدَمِىٍّ بَصِيرٍ عاقِلٍ ، يَجِدُ مُنْحَرَفًا ، فهو هَدَرٌ . كذا لو كانَ مُسْتَدْبِرًا ، وصاحَ به مُنَبِّهًا له ، وإلَّا ضَمِنَه فيهما . ذكَرَه فى « التَّرْغِيبِ » ، واقْتَصرَ عليه فى « الفُروعِ » . الخامسةُ ، لو أرْسَلَ طائِرًا فأفْسَدَ ، أو لَقَط حَبًّا ، فلا ضَمانَ . قالَه الحارِثِىُّ . [2] وقيل : يضْمَنُ مُطْلَقًا . وهو الصَّحيحُ . صحَّحَه ابنُ مُفْلِحٍ فى « الآدابِ » ، وضعَّف الأوَّلَ ، وكذلك صحَّحه ابنُ القَيِّمِ فى « الطُّرُقِ الحُكْمِيَّةِ » ، ولم يذْكُرْها فى « الفُروعِ »[2] .

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢ – ٢) زيادة من : ا .

المقنع

وَمَنْ صَالَ عَلَيْهِ آدَمِيٌّ أَوْ غَيْرُهُ ، فَقَتَلَهُ دَفْعًا عَنْ نَفْسِهِ ، لَمْ يَضْمَنْهُ .

الشرح الكبير

٢٣٧٩ – مسألة : (ومَن صالَ عليه آدَمِيٌّ أو غيرُه ، فقَتَلَه دَفْعًا عن نَفْسِه ، لم يَضْمَنْه) لأنَّه قَتَلَه بالدَّفْعِ الجائزِ ، فلم يَجِبْ ضَمانُه . فإن كان الصَّائِلُ بَهِيمَةً فلم يُمْكِنْه دَفْعُها إلَّا بقَتْلِها ، جازَ له قَتْلُها إجْماعًا ، ولا يَضْمَنُها إذا كانت لغيرِه . وهذا قولُ مالكٍ ، والشافِعِيِّ ، وإسحاقَ . وقال أبو حنيفةَ : يَضْمَنُها ؛ لأنه أتْلَفَ مالَ غيرِه لإحْياءِ نَفْسِه ، فضَمِنَه ، كالمُضْطَرِّ إذا أكَلَ طَعامَ غيرِه . وكذلك الخِلافُ فى غيرِ المُكَلَّفِ مِن الآدَمِيِّين ، كالصَّبِىِّ والمَجْنُونِ ، يَجُوزُ قَتْلُه ويَضْمَنُه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ إباحَةَ نَفْسِه ، ولذلك[1] لو ارْتَدَّ لم يُقْتَلْ . ولَنا ، أنَّه قَتَلَه بالدَّفْعِ الجائزِ ، فلم يَضْمَنْه ، كالعَبْدِ ، ولأنه حَيَوانٌ [٢٩٩/٤ظ] جازَ إتْلافُه ، فلم يَضْمَنْه ، كالآدَمِىِّ المُكَلَّفِ ، ولأنَّه قتَلَه لدَفْعِ شَرِّه ، فأشْبَهَ العَبْدَ ، وذلك أنَّه إذا

الإنصاف

قوله : ومَن صالَ عليه آدَمِىٌّ أو غيرُه ، فقتَلَه دَفْعًا عن نَفْسِه ، لم يَضْمَنْه . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وقال فى « القاعِدَةِ السَّابعَةِ والعِشْرِين » : لو دفَع صائلًا عليه بالقَتْلِ ، لم يَضْمَنْه ، ولو دَفَعَه عن غيرِه بالقَتْلِ ، ضَمِنَه . ذكَرَه القاضى . وفى « الفَتاوَى الرَّجَبِيَّاتِ » عن ابنِ عَقيلٍ ، وابنِ الزَّاغُونِىِّ ، لا ضَمانَ عليه أيضًا . قال الحارِثِىُّ : وعن أحمدَ رِوايَةٌ بالمَنْعِ مِن قِتالِ اللُّصوصِ فى الفِتْنَةِ ، فيتَرَتَّبُ عليه وُجوبُ الضَّمانِ بالقَتْلِ ؛ لأنَّه مَمْنوعٌ منه إذَنْ ، وهذا لا عَمَلَ عليه . انتهى . قلتُ : أمَّا وُرودُ الرِّوايَةِ [٢٠٤/٢ ظ] بذلك ،

---

(١) فى الأصل : « وكذلك » .

الشرح الكبير

قَتَلَه لدَفْعِ شَرِّه ، كان الصَّائِلُ هو القاتِلَ لنَفْسِه ، فأشْبَهَ ما لو نَصَب حَرْبَةً فى طَرِيقِه فقَذَفَ نَفْسَه عليها فماتَ بها . وفارَقَ المُضْطَرَّ ، فإنَّ الطَّعامَ لم يُلْجِئْه إلى إتْلافِه و لم يَصْدُرْ منه ما يُزِيلُ عِصْمَتَه ، ولهذا لو (1)قَتَل المُحْرِمُ صَيْدًا(1) لِصِيالِه ، لم يَضْمَنْه ، ولو قتَلَه (2)لاضْطِرارِه إليه ، ضَمِنَه ، ولو قَتَل المُكَلَّفَ لِصيالِه ، لم يَضْمَنْه ، ولو قتَلَه(2) ليأْكُلَه فى المَخْمَصَةِ ، وَجَب عليه الضَّمانُ ، وغيرُ المُكَلَّفِ كالمُكَلَّفِ فى هذا . وقولُهم : لا يَمْلِكُ إباحَةَ نَفْسِه . قُلْنا : والمُكَلَّفُ لا يَمْلِكُ إباحَةَ نَفْسِه ، ولو قال : أبَحْتُ دَمِى . لم يُبَحْ ، مع أنَّه إذا صَالَ فقد أُبِيحَ دَمُه بفِعْلِه ، فلم يَضْمَنْه ، كالمُكَلَّفِ .

الإنصاف

فَمُسَلَّمٌ ، وأمَّا وُجوبُ الضَّمانِ بالقَتْلِ ، ففى النَّفْسِ مِن هذا شئٌ . وخرَّج الحارِثِيُّ وغيرُه قَوْلًا بالضَّمانِ بقَتْلِ البَهيمِ الصَّائلِ ؛ (3)بناءً على ما قالَه أبو بَكْرٍ فى الصَّيْدِ الصَّائلِ(3) على المُحْرِمِ . ويأْتِى ذلك فى كلامِ المُصَنِّفِ أيضًا ، فى آخِرِ بابِ المُحارِبين ، بأَتَمَّ مِن هذا ، ومَسائلُ أُخَرُ . إنْ شاءَ اللهُ تعالَى .

فائدة : لو حالَتْ بَهِيمَةٌ بينَه وبينَ مالِه ، و لم يَصِلْ إليه إلَّا بقَتْلِها ، فقَتَلَها ، فيَحْتَمِلُ أنْ يَضْمَنَ ، ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَضْمَنَ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وأطْلَقهما الحارِثِىُّ . قلتُ : قد يقْرُبُ مِن ذلك ما لوِ انْفَرَشَ الجَرادُ فى طَرِيقِ المُحْرِمِ ، بحيثُ إنَّه لا يقْدِرُ على المُرورِ إلَّا بقَتْلِه ، هل يَضْمَنُه ، أم لا ؟ على ما تقدَّم . ويأْتِى نَظِيرُها فى آخِرِ كِتابِ الدِّياتِ .

(1 - 1) فى م : « قتله » .

(2 - 2) سقط من : تش ، م .

(3 - 3) سقط من : الأصل .

المقنع

وَإِنِ اصْطَدَمَتْ سَفِينَتَانِ فَغَرِقَتَا ، ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَفِينَةَ الْآخَرِ وَمَا فِيهَا .

الشرح الكبير

٢٣٨٠ - مسألة : (وإن اصْطَدَمَتْ سَفِينَتانِ فغَرِقَتَا ، ضَمِن كلُّ واحِدٍ منهما سَفِينَةَ الآخَرِ وما فيها) إذا اصْطَدَمَتْ سَفِينتانِ مُتَساوِيَتانِ ؛ كاللَّتَيْن فى بَحْرٍ أو ماءٍ واقِفٍ ، فإن كان القَيِّمانِ مُفَرِّطَيْن ، ضَمِن كلُّ واحِدٍ منهما سَفِينَةَ الآخَرِ بما فيها مِن نَفْسٍ ومالٍ ، كالفارِسَيْن إذا تَصادَمَا ، وإن لم يَكُونَا مُفَرِّطَيْن ، فلا ضَمانَ عليهما . وقال الشافِعِىُّ : يَضْمَنُ . فى أحَدِ القَوْلَيْن[1] ؛ لأنهما فى أيْدِيهما ، فضَمِنَا ، كما لو اصْطَدَمَ فارِسَانِ لغَلَبَةِ الفَرَسَيْن لهما . ولَنا ، أنَّ المَلَّاحَيْن لا يُسَيِّرانِ السَّفِينَتَيْن بفِعْلِهما ، ولا يُمْكِنُهما ضَبْطُهُما فى الغالِبِ ولا الاحْتِرازُ مِن ذلك ، فأشْبَهَ الصَّاعِقَةَ إذا نَزَلَتْ فأحْرَقَتْ سَفِينَةً ، ويُخالِفُ الفَرَسَين ، فإنَّه يُمْكِنُ ضَبْطُهُما

الإنصاف

قوله : وإنِ اصْطَدَمَتْ سَفِينَتان ، فغَرِقَتا ، ضَمِنَ كلُّ واحِدٍ منهما سَفِينَةَ الآخَرِ وما فيها . (٢ هكذا أطْلَقَ كثيرٌ مِنَ الأصحابِ . قال المُصَنِّفُ وغيرُه : محَلُّه إذا فرَّط . قال الحارِثِىُّ : إنْ فرَّط ، ضَمِنَ كلُّ واحدٍ سَفِينَةَ الآخَرِ وما فيها٢) ، وإنْ لم يُفرِّطْ ، فلا ضَمانَ على واحدٍ منهما . حَكاه المُصَنِّفُ فى « كِتابَيْه » ، ومَن عَداه مِنَ الأصحابِ . ونصَّ أحمدُ على نحوِه مِن رِوايَةِ أبى طالِبٍ . مع أنَّ إطْلاقَ المَتْنِ لا يَقْتَضِيه ، غيرَ أنَّ الإطْلاقَ مُقَيَّدٌ بحالَةِ التَّفْريطِ التى قدَّمْناها ، على ما ذهَب إليه الأصحابُ مِن غيرِ خِلافٍ عَلِمْتُه بينَهم . انتهى . وقال فى « الفُروعِ » : وإنِ

---

(١) فى تش ، م : « الوجهين » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

والاحْتِرازُ مِن طَرْدِهِما . وإن كان أحَدُهما مُفَرِّطًا وحدَه ، ضَمِن وحدَه . وإنِ اخْتَلَفا فى تَفْرِيطِ القَيِّمِ ولا بَيِّنَةَ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُه ، وهو أمِينٌ ، أشْبَهَ المُودَعَ . وعندَ الشافِعِىِّ أنَّهما إذا[1] كانا مُفَرِّطَيْن ، فعلى كلِّ واحِدٍ مِن القَيِّمَيْنِ ضَمانُ نِصْفِ سَفِينَتِه ونِصْفِ سَفِينَةِ صاحِبِه ، وقال مثلَ ذلك فى الفارِسَيْن المُصْطَدِمَيْن[2] ، وسَنَذْكُرُه ، إن شاء اللهُ تَعالى . [٣٠٠/٤و] والتَّفْرِيطُ أن يكونَ قادِرًا على ضَبْطِها أو رَدِّها عن الأُخْرَى فلم يَفْعَلْ ، أو أمْكَنَه أن يَعْدِلَها إلى ناحِيَةٍ أُخْرَى فلم يَفْعَلْ ، أو لم يُكْمِلْ آلَتَها مِن الرِّجالِ والحِبالِ وغيرِهما .

الإنصاف

اصْطَدَمَتْ سَفِينَتان فغَرِقَتا ، ضَمِنَ كلُّ واحدٍ منهما مُتْلَفَ الآخَرِ . وفى « المُغْنِى » ، إنْ فرَّطا . وقالَه فى « المُنْتَخَبِ » ، وأنَّه ظاهِرُ كلامِه . انتهى . وجزَم بما قالَه الحارِثِىُّ فى « الرِّعايَةِ » وغيرِها .

تنبيه : حيثُ قُلْنا بالضَّمانِ ، فيَضْمَنُ كلُّ واحدٍ منهما سَفِينَةَ الآخَرِ وما فيها ، كما قال المُصَنِّفُ . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وقال الحارِثِىُّ : قال الشَّافِعِىُّ : على كلِّ واحدٍ منهما نِصْفُ الضَّمانِ ؛ لاشْتِراكِهما فى السَّبَبِ ؛ فإنَّه حصَل مِن كلِّ واحِدٍ بفِعْلِه وفِعْلِ صاحبِه ، فكان مُهْدَرًا فى حقِّ نَفْسِه ، مضمُونًا فى حقِّ الآخَرِ ، كما فى التَّلَفِ مِن جِراحَةِ نَفْسِه وجِراحَةِ غيرِه . قال الحارِثِىُّ : وهذا له قُوَّةٌ .

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

المقنع

فَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مُنْحَدِرَةً ، فَعَلَى صَاحِبِهَا ضَمَانُ الْمُصْعِدَةِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَلَبَهُ رِيحٌ ، فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى ضَبْطِهَا .

الشرح الكبير

٢٣٨١ – مسألة : (وإن كانت إحْداهُما مُنْحَدِرَةً ، فعلى صاحِبِها ضَمانُ المُصْعِدَةِ ، إلَّا أن يكونَ غلبَه رِيحٌ ، فلم يَقْدِرْ على ضَبْطِها) متى كان قَيِّمُ المُنْحَدِرَةِ مُفَرِّطًا ، فعليه ضَمانُ الصاعِدَةِ ؛ لأنَّها تَنْحَطُّ عليها مِن عُلْوٍ فيكونُ ذلك سَبَبًا لغَرَقِها ، فتنزِلُ المُنْحَدِرَةُ بمَنْزِلَةِ السّائِرِ ، والصاعِدَةُ بمَنْزِلَةِ الواقِفِ ، إذا اصْطَدَمَا . وإن غَرِقَتا جَمِيعًا ، فلا شيءَ على المُصْعِدِ ، وعلى المُنْحَدِرِ قِيمَةُ المُصْعِدَةِ ، أو أَرْشُ ما نَقَصَتْ إن لم تَتْلَفْ كلُّها ، إلَّا أن يكونَ التَّفْرِيطُ مِن المُصْعِدِ ، بأن يُمْكِنَه العُدُولُ بسَفِينَتِه ، والمُنْحَدِرُ

الإنصاف

قوله : وإنْ كانَتْ إحْداهما مُنْحَدِرَةً ، فعلى صاحِبِها ضَمانُ المُصْعِدَةِ ، إلَّا أنْ يكونَ غلبَه رِيحٌ ، فلم يَقْدِرْ على ضَبْطِها . وهذا المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وقطَع به في « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، وغيرُهم مِنَ الأصحابِ . وفى « الواضِحِ » وَجْهٌ ، لا تُضْمَنُ مُنْحَدِرَةٌ . وقال فى « التَّرْغِيبِ » : السَّفِينَةُ كدابَّةٍ ، والمَلَّاحُ كراكِبٍ .

تنبيه : قال الحارِثِىُّ : وسواءٌ فرَّطَ المُصْعِدُ فى هذه الحالَةِ أو لا ، على ما صرَّح به فى « الكافِى » . وأطْلَقه الأصحابُ ، وأحمدُ . وقال فى « المُغْنِى » [1] : إنْ فرَّط المُصْعِدُ ؛ بأنْ أمْكَنَه العُدولُ بسَفِينَتِه ، والمُنْحَدِرُ غيرُ قادِرٍ ولا مُفَرِّطٍ ، فالضَّمانُ على المُصْعِدِ ؛ لأنَّه المُفَرِّطُ . قال الحارِثِىُّ : وهذا صَريحٌ فى أنَّ المُصْعِدَ يُؤاخَذُ بتَفْرِيطِه .

---

(١) انظر : المغنى ١٢/ ٥٤٩ .

الشرح الكبير

غيرُ قادرٍ ولا مُفرِّطٍ ، فيكونُ الضَّمانُ على المُصْعِدِ . وإن لم يَكُنْ مِن واحِدٍ منهما تَفْرِيطٌ ، لكن هاجَتْ رِيحٌ ، أو كان الماءُ شَدِيدَ الجِرْيَةِ فلم يُمْكِنْه ضَبْطُها ، فلا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّه لا يَدْخُلُ فى وُسْعِه ، وَلَا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا . فإن كانت إحْدَى السَّفِينَتَيْنِ واقِفَةً والأُخْرَى سائِرَةً ، فلا شيءَ على الواقِفَةِ ، وعلى السائِرَةِ ضَمانُ الواقِفَةِ إن كان القَيِّمُ مُفرِّطًا ، ولا ضَمانَ عليه إذا لم يُفرِّطْ ، على ما ذَكَرْنا .

فصل : فإن خِيفَ على السَّفِينَةِ الغَرَقُ ، فألْقَى بعضُ الرُّكْبانِ مَتاعَه لتَخِفَّ وتَسْلَمَ مِن الغَرَقِ ، لم يَضْمَنْه أحَدٌ ؛ لأنَّه أتْلَفَ مَتاعَ نَفْسِه باخْتِيارِه لصَلاحِه وصَلاحِ غيرِه . وإن ألْقَى مَتاعَ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، ضَمِنَه وحدَه ،

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، يُقْبَلُ قَوْلُ المَلَّاحِ : إنَّ تلَفَ المالِ بغَلَبَةِ رِيحٍ . ولو تعَمَّدا الصَّدْمَ ، فشَرِيكان فى إتْلافِ كلٍّ منهما ، ومَن فيهما . فإنْ قُتِلَ فى الغالِبِ ، فالقَوَدُ ، وإلَّا شِبْهُ عَمْدٍ ، ولا يسْقُطُ فِعْلُ المُصادِمِ فى حقِّ نَفْسِه مع عَمْدٍ . ولو حرَقَها عَمْدًا أو شِبْهَه ، أو خَطَأً ، عُمِلَ على ذلك . قالَه فى « الفُروعِ » . وقال الحارِثِيُّ : إنْ عمَد مالا يُهلِكُ غالِبًا ، فشِبْهُ عَمْدٍ . وكذا ما لو قصَد إصْلاحَها ، فقلَع لَوْحًا ، أو أصْلَحَ مِسْمارًا ، فخَرَقَ مَوْضِعًا . حَكاه القاضى وغيرُه . وقال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى »[1] : والصَّحيحُ أنَّه خطَأٌ محْضٌ ؛ لأنَّه قصَدَ فِعْلًا مُباحًا . وهل يَضْمَنُ مَن ألْقَى عِدْلًا مَمْلُوءًا بسَفِينَةٍ ، فغَرَّقَها ، ما فيها ، أو نِصْفَه ، أو بحِصَّتِه ؟ قال فى « الفُروعِ » : يَحْتَمِلُ أوْجُهًا . قلتُ : هى شَبِيهَةٌ بما إذا جاوَزَ بالدَّابَّةِ مَكانَ الإجارةِ ، أو حمَلَها زِيادَةً على المأْجُورِ ، فتَلِفَتْ ، أو زادَ على الحَدِّ

---

(١) انظر : المغنى ٥٥١/١٢ .

الشرح الكبير

وإن قال لغيرِه : أَلْقِ مَتاعَكَ . فقَبِلَ منه ، لم يَضْمَنْه ؛ لأنَّه لم يَلْتزِمْ ضَمانَه . وإن قال : أَلْقِه وأنا ضامِنٌ له . أو : علىَّ قِيمَتُه . لَزِمَه ضَمانُه ؛ لأنَّه أَتْلَفَ مالَه بعِوَضٍ لمَصْلَحَةٍ ، فوَجَب له العِوَضُ على مَن الْتَزَمَه ، كما لو قال : أَعْتِقْ عَبْدَكَ وعَلَىَّ ثَمَنُه . وإن قال : أَلْقِه ، وعلىَّ وعلى رُكّابِ السَّفِينةِ ضَمانُه . فأَلْقاه ، ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، يَلْزَمُه ضَمانُه وحدَه . ذَكَرَه أبو بكرٍ . وهو نَصُّ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّه الْتَزَمَ ضَمانَ جَميعِه ، فلَزِمَه ما الْتَزَمَه . وقال القاضِى : إن كان ضَمانَ اشْتِراكٍ ، مثلَ [٤/٣٠٠ظ] أن يقولَ : نحن نَضْمَنُ لك . أو قال : على كلِّ واحِدٍ مِنّا ضَمانُ قِسْطِه أو رُبْعُ مَتاعِكَ . لم يَلْزَمْه إلَّا ما يَخُصُّه مِن الضَّمانِ . وهذا قولُ بعضِ أصحابِ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّه لم يَضْمَنْ إلَّا حِصَّتَه ، وإنَّما أَخْبَرَ عن الباقِينَ بالضَّمانِ فسَكَتُوا ، وسُكُوتُهم ليس بضَمانٍ . وإنِ الْتَزَمَ ضَمانَ الجَمِيعِ وأَخْبَرَ عن كلِّ واحِدٍ

الإنصاف

سَوْطًا ، فقتَلَه . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ هناك ، أنَّه يضْمَنُه جميعَه على ما تقدَّم . ويأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى كتابِ الحُدودِ ، فكذلك هنا . وجزَم فى « الفُصولِ » ، أنَّه يَضْمَنُ جميعَ ما فيها . ذكَرَه فى أَثْناءِ الإجارَةِ ، وجعَلَه أصْلًا لما إذا زادَ على الحدِّ سَوْطًا ، فى وُجوبِ الدِّيَةِ كامِلَةً . وكذلك المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » جعَلَها أصْلًا فى وُجوبِ ضَمانِ الدَّابَّةِ كامِلَةً ، إذا جاوَزَ بها مَكانَ الإجارَةِ ، أو زادَ على الحدِّ سَوْطًا . ولو أَشْرَفَتْ على الغرَقِ ، فعلى الرُّكْبانِ إلْقاءُ بعضِ الأَمْتِعَةِ حسَبَ الحاجَةِ ، ويَحْرُمُ إلْقاءُ الدَّوابِّ ، حيثُ أمْكَنَ التَّخْفيفُ بالأَمْتِعَةِ ، وإنْ أَلْجَأَتْ ضَرُورَةٌ إلى إلْقائِها ، جازَ ؛ صَوْنًا للآدَمِيِّين . والعَبِيدُ كالأَحْرارِ . وإنْ تقاعَدُوا عنِ الإِلْقاءِ مع الإمْكانِ ، أَثِمُوا . وهل يجِبُ الضَّمانُ ؟ فيه وَجْهان ، اخْتارَ المُصَنِّفُ

الشرح الكبير

منهم بمثلِ ذلك ، لَزِمَه ضَمانُ الكلِّ ؛ لأنَّه ضَمِنَ الكُلَّ . وإن قال : أَلْقِه على أن أَضْمَنَه لك أنا ورُكْبانُ السَّفِينَةِ ، فقد أذِنُوا لى فى ذلك . فأنْكَرُوا الإِذْنَ ، فهو ضامِنٌ للجَمِيعِ . وإن قال : أَلْقِى مَتاعِى وتَضْمَنُه ؟ فقال : نعم . ضَمِنَه له . وإن قال : أَلْقِ مَتاعَكَ ، وعلىَّ ضَمانُ نِصْفِه ، وعلى أَخِى ضَمانُ ما بَقِىَ . فألْقاه ، فعليه ضَمانُ النِّصْفِ وحدَه ، ولا شئَ على الآخَرِ ؛ لأنَّه لم يَضْمَنْ ، واللهُ أعْلَمُ .

فصل : إذا خَرَق سَفِينَةً فغَرِقَتْ بما فيها ، وكان عَمْدًا ، وهو مِمّا يُغْرِقُها غالِبًا ويُهْلِكُ مَن فيها ؛ لكَوْنِهم فى اللُّجَّةِ ، أو لعَدَمِ مَعْرِفَتِهم بالسِّباحَةِ ، فعليه القِصَاصُ إن قُتِلَ مَن يَجبُ القِصاصُ بقَتْلِه ، وعليه ضَمانُ السَّفِينَةِ بما فيها مِن مالٍ ونَفْسٍ . وإن كان خَطَأً ، فعليه ضَمانُ العَبِيدِ ، ودِيَةُ الأحْرارِ على عاقِلَتِه ، وإن كان عَمْدَ خَطَأٍ ، مثلَ أن أخَذَ السَّفِينَةَ لِيُصْلِحَ مَوْضِعًا ، فقَلَعَ لَوْحًا ، أو يُصْلِحَ مِسْمارًا فنَقَبَ مَوْضِعًا ، فهو عَمْدُ الخَطَأ . ذكَرَه

الإنصاف

وغيرُه عدَمَه . والثَّانى ، يضْمَنُ . وأطْلَقَهما الحارِثِىُّ . ولو أَلْقَى مَتاعَه ، ومَتاعَ غيرِه ، فلا ضَمانَ على أحدٍ . ذكَرَه الأصحابُ . قالَه الحارِثِىُّ . وإنِ امْتَنَع مِن إلْقاءِ مَتاعِه ، فللغيرِ إلْقاؤُه مِن غيرِ رِضاه ؛ دَفْعًا للمَفْسَدَةِ ، لكِنْ يضْمَنُه . قالَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » ، والمُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، وغيرُهم . قال الحارِثِىُّ : وعن مالِكٍ ، لا يَضْمَنُ ؛ [٢/٢٠٥ و] اعْتِبارًا بدَفْعِ الصَّائلِ . قال : ويتَخرَّجُ لنا مِثْلُه ؛ بِناءً على انْتِفاءِ الضَّمانِ بما لو أرْسَلَ صَيْدًا مِن يَدِ مُحْرِمٍ . قلتُ : وهذا الصَّوابُ . وتقدَّمَ فى آخِرِ الضَّمانِ بعضُ ذلك ، ومَسائِلُ أُخَرُ تَتعلَّقُ بهذا ، فليُعاوَدْ . الثَّانيةُ ، لو كانتْ إحْداهما واقِفَةً ، والأُخْرَى سائِرَةً ،

المقنع

وَمَنْ أَتْلَفَ مِزْمَارًا ، أَوْ طُنْبُورًا ، أَوْ صَلِيبًا ، ....

الشرح الكبير

القاضِى . وهو مَذْهَبُ الشافِعِىِّ . والصَّحِيحُ أنَّ هذا خَطَأٌ مَحْضٌ ؛ لأنَّه قَصَد فِعْلًا مُباحًا ، فأفْضَى إلى التَّلَفِ لما لم يُرِدْه ، فأشْبَهَ ما لو رَمَى صَيْدًا فأصَابَ آدَمِيًّا فقتَلَه ، ولكن إن قَصَد قَلْعَ اللَّوْحِ فى مَوْضِعٍ الغالِبُ أنَّه لا يُتْلِفُها فأتْلَفَها ، فهو عَمْدُ الخَطَأ ، فيه ما فيه .

٢٣٨٢ – مسألة : وإن كَسَر (مِزْمارًا ، أو طُنْبُورًا ، أو صَلِيبًا) لم يَضْمَنْه . وقال الشافِعِىُّ : إن كان ذلك إذا فُصِلَ يَصْلُحُ لنَفْعٍ مُباحٍ ، وإذا كُسِرَ لم يَصْلُحْ ، لَزِمَه ما بينَ قِيمَتِه مُفْصَلًا ومَكْسُورًا ؛ لأنَّه أتْلَفَ بالكَسْرِ ما لَهُ قِيمَةٌ ، وإن كان لا يَصْلُحُ لمَنْفَعَةٍ مُباحَةٍ ، لم يَضْمَنْ . وقال أبو حنيفةَ :

الإنصاف

فعلى قَيِّمِ السَّائِرَةِ ضَمانُ الواقِفَةِ ، إنْ فرَّط ، وإلَّا فلا . ذكَرَه المُصَنِّفُ ، والقاضى ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » ، وغيرُهم . ويأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى أوائلِ كتابِ الدِّياتِ ، إذا اصْطَدَمَ نَفْسان ، أو أرْكَبَ صَبِيَّيْن فاصْطَدَما ، ونحوُهما .

قوله : ومَن أتْلَفَ مِزْمارًا ، أو طُنْبُورًا ، أو صَلِيبًا ، أو كسَر إناءَ فِضَّةٍ ، أو ذَهَبٍ ، أو إناءَ خَمْرٍ ، لم يَضْمَنْه . وكذا العُودُ ، والطَّبْلُ ، والنَّرْدُ ، وآلَةُ السِّحْرِ ، والتَّعْزيمِ ، والتَّنْجيمِ ، وصُوَرُ خَيالٍ ، والأوْثانُ ، والأصْنامُ ، وكُتُبُ المُبْتَدِعَةِ المُضِلَّةُ ، وكُتُبُ الكُفْرِ ، ونحوُ ذلك . وهذا المذهبُ فى ذلك كلِّه . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرُهم مِنَ الأصحابِ ، فى الثَّلاثَةِ الأُوَلِ ، وقدَّمُوه فى الباقى مِن كلامِ المُصَنِّفِ ، وصحَّحُوه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه ، فى الجميعِ . قال ناظِمُ « المُفْرَداتِ » : لا ضَمانَ فى

المقنع أَوْ كَسَرَ إِنَاءَ فِضَّةٍ أَوْ ذَهَبٍ ، ....

الشرح الكبير يَضْمَنُ . ولَنا ، أنَّه لا يَحِلُّ بَيْعُه ، فلم يَضْمَنْه ، كالمَيْتَةِ ، والدَّلِيلُ على أنَّه لا يَحِلُّ بَيْعُه قولُ النبيِّ ﷺ : « إنَّ اللهَ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ [٣٠١/٤و] وَالْخِنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . وقال عليه الصَّلاةُ والسَّلامُ : « بُعِثْتُ بِمَحْقِ القَيْنَاتِ والْمَعازِفِ »[2] .

٢٣٨٣ – مسألة : وإن (كَسَر) آنِيَةَ (فِضَّةٍ أو ذَهَبٍ) لم يَضْمَنْها . وحَكَى أبو الخطَّابِ رِوايَةً أُخْرَى عن أحمدَ ، أنَّه يَضْمَنُ ، فإنَّ مُهَنَّا نَقَلَ عنه ، في مَن هَشَم على غيرِه إبْرِيقَ فِضَّةٍ : عليه قِيمَتُه ، يَصُوغُه

الإنصاف المَشْهُورِ . وهو منها . وقدَّمه في « الفُروعِ » وغيرِه . وعنه ، يضْمَنُ غيرَ الصَّليبِ ممَّا ذكَرَه المُصَنِّفُ . وأطْلَقَ في « المُحَرَّرِ » ، في ضَمانِ كَسْرِ آنِيَةِ الذَّهَبِ والفِضَّةِ والخَمْرِ ، رِوايتَيْن . وأطْلَقَ في « التَّلْخيصِ » ، في ضَمانِ كَسْرِ أوانِي الخَمْرِ وشقِّ ظُروفِه ، رِوايتَيْن . قال في « المُغْنِي »[3] : حكَى أبو الخَطَّابِ رِوايَةً بأنَّه يضْمَنُ ، إذا كسَر أوانِيَ الذَّهَبِ والفِضَّةِ . قال الحارِثِيُّ : وحَكاها القاضي يَعْقُوبُ في « تَعْليقِه » ، وأبو الحُسَيْنِ في « التَّمامِ » ، وأبو يَعْلَى الصَّغيرُ في « المُفْرَداتِ » ، وغيرُهم . قال الحارِثِيُّ : إنْ أُرِيدَ ضَمانُ الإجْزاءِ ، وهو ظاهِرُ إيرادِهم ؛ فإنَّ بعضَهم علَّله بجَوازِ المُعاوَضَةِ عليها ، والقَطْعِ بسَرِقَتِها ، فمُسَلَّمٌ ، ولكِنْ ليس محَلَّ النِّزاعِ ؛ لأنَّه لا خِلافَ فيه . وإنْ أرِيدَ ضَمانُ الأَرْشِ ، وهو فَرْضُ

(١) تقدم تخريجه في ٣٠٧/٢ ، حاشية (٢) .
(٢) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢٥٧/٥ ، ٢٦٨ .
(٣) انظر : المغنى ٤٢٨/٧ .

الشرح الكبير

كما كان . فقِيلَ له : أَلَيْسَ قد نَهى النبىُّ ﷺ عن اتِّخاذِها[1] ؟ فسَكَتَ . والصَّحِيحُ أَنَّه لا يَضْمَنُ . نَصَّ عليه فى رِوَايةِ المَرُّوذِىِّ فى مَن كَسَر إبْرِيقَ فِضَّةٍ : لا ضَمانَ عليه . لأنه أتْلَفَ ما ليس بمُباحٍ ، فلم يَضْمَنْه ، كالمَيْتَةِ . ورِوايَةُ مُهَنَّا تَدُلُّ على أنه رَجَع عن قَوْلِه ذلك ؛ لكَوْنِه سَكَتَ حينَ ذَكَر السّائِلُ النَّهْىَ عنه ، ولأنَّ[2] فى رِوايَةِ مُهَنَّا أنَّه قال : يَصُوغُه . ولا تَحِلُّ صِناعَتُه ، فكيف تَجِبُ ؟ !

الإنصاف

المَسْأَلةِ ، فلا أعْلَمُ له وَجْهًا . وذكَر مأْخذَهم مِنَ الرِّوايَةِ ، ورَدَّه . وعنه ، يضْمَنُ آنِيَةَ الخَمْرِ ، إنْ كان يُنْتَفَعَ بها فى غيرِه . وعنه ، يضْمَنُ غيرَ آلَةِ اللَّهْوِ ممَّا ذكَرَه المُصَنِّفُ . وعنه ، لا يضْمَنُ غيرَ الدُّفِّ . وأطْلَقَ فى « الرِّعايةِ » ، فى ضَمانِ دُفِّ الصُّنوجِ رِوايتَيْن . وعنه ، لا يضْمَنُ دُفَّ العُرْسِ ، أعْنِى ، التى ليس فيها صُنُوجٌ ، ذكَرَها الحارِثِىُّ . وحكَى القاضى فى كتابِ « الرِّوايتَيْن » رِوايَةً بجَوازِ إتْلافِه فى اللَّعِبِ بما عَدا النِّكاحَ . ورَدَّه الحارِثِىُّ . وقال فى « الفُنونِ » : يَحْتَمِلُ أنْ يَضْمَنَ آلَةَ اللَّهْوِ ، إذا كان يُرْغَبُ فى مادَّتِها ؛ كعُودٍ ، وداقورَةٍ .

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب الأمر باتباع الجنائز ، من كتاب الجنائز ، وفى : باب حق إجابة الوليمة والدعوة ... ، من كتاب النكاح ، وفى : باب خواتيم الذهب ، من كتاب اللباس . صحيح البخارى ٢ / ٩٠ ، ٧ / ٣١ ، ٢٠٠ . ومسلم ، فى : باب تحريم استعمال إناء الذهب والفضة ... ، من كتاب اللباس . صحيح مسلم ٣ / ١٦٣٥–١٦٣٧ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية لبس المعصفر للرجل والقسى ، من أبواب الأدب . عارضة الأحوذى ١٠ / ٢٥٢ . والنسائى ، فى : باب الأمر باتباع الجنائز ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٤ / ٤٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٢٨٤ ، ٢٩٩ ، ٥ / ٣٨٥ ، ٤٠٨ .

(٢) فى م : « وليس » .

المقنع

أَوْ [١٤٢ظ] إِنَاءَ خَمْرٍ ، لَمْ يَضْمَنْهُ . وَعَنْهُ ، يَضْمَنُ آنِيَةَ الْخَمْرِ إِنْ كَانَ يُنْتَفَعُ بِهَا فِى غَيْرِهِ .

الشرح الكبير

٢٣٨٤ – مسألة : وإن كَسَرَ (إنَاءَ خَمْرٍ ، لم يَضْمَنْه) فى أصَحِّ الرِّوايَتَيْن ؛ لما رُوِىَ عن ابنِ عُمَرَ ، قال : أمَرَنِى رسولُ اللهِ ﷺ أن آتِيَه بمُدْيَةٍ ، وهى الشَّفْرَةُ ، فأتَيْتُه بها ، فأَرْسَلَ بها فأُرْهِفَتْ ، ثم أَعْطَانِيها وقال : « اغْدُ عَلَىَّ بِهَا » . ففعَلْتُ ، فخَرَجَ بأصحابِه إلى أسْواقِ المَدِينَةِ ، وفيها زِقَاقُ الخَمْرِ قد جُلِبَتْ مِن الشّامِ ، فأخَذَ المُدْيَةَ مِنِّى ، فشَقَّ ما كان مِن تلك الزِّقَاقِ بحَضْرَتِه كلِّها ، وأَمَرَ أصحابَه الذين كانوا معه أن يَمْضُوا مَعِى ، ويُعاوِنُونِى ، وأَمَرَنِى أن آتِىَ الأَسْواقَ كلَّها ، فلا أَجِدُ فيها زِقَّ خَمْرٍ

الإنصاف

تنبيه : مَحلُّ الخِلافِ فى آنِيَةِ الخَمْرِ ، إذا كانَ مَأْمُورًا بإراقَتِها . واعلمْ أنَّ ظاهِرَ كلامِ المُصَنِّفِ فى آنِيَةِ الخَمْرِ ، أنَّه سواءٌ قدر على إراقَتِها بدُونِ تَلَفِ الإِناءِ ، أو لا . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . نقَلَه المَرُّوذِىُّ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . ونقَل الأَثْرَمُ وغيرُه : إنْ لم يَقْدِرْ على إراقَتِها إلَّا بتَلَفِها ، لم يضْمَنْ ، وإلَّا ضَمِنَ .

فوائد ؛ منها ، لا يَضْمَنُ مَخزنَ الخَمْرِ إذا أحْرَقَه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نقَلَه ابنُ مَنْصُورٍ ، واخْتارَه ابنُ بَطَّةَ وغيرُه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . ونقَل حنْبَلٌ ، يَضْمَنُه . وجزَم به المُصَنِّفُ . وقال فى « الهَدْى » : يجوزُ تَحْريقُ أماكِنِ المَعاصِى وهَدْمُها ، كما حرَّقَ رسُولُ اللهِ ، عليه أفْضَلُ الصَّلاةِ والسَّلامِ ، مَسْجِدَ الضِّرارِ ، وأمرَ بهَدْمِه . ومنها ، لا يضْمَنُ كِتابًا فيه أحاديثُ رَدِيئَةٌ حرَّقه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نقَلَه المَرُّوذِىُّ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . قال فى « الانْتِصارِ » : فجعَلَه كآلَةِ لَهْوٍ ثم سلَّمه ، على نَصِّه فى روايَةِ المَرُّوذِىِّ ، فى سِتْرٍ فيه تَصاوِيرُ .

الشرح الكبير

إلا شَقَقْتُه . رَواهُ أحمدُ[1] . ورُوِىَ عن أنسٍ ، قال : كُنْتُ أَسْقِى أبا طَلْحَةَ ، وأُبَىَّ بنَ كَعْبٍ ، وأبا عُبَيْدَةَ شَرَابًا مِن فَضِيخٍ[2] ، فأتَانَا آتٍ ، فقال : إنَّ الخَمْرَ قد حُرِّمَتْ . فقال أبُو طَلْحةَ : قُمْ يا أَنَسُ إلى هذه الدِّنَانِ فاكْسِرْها[3] . وهذا يَدُلُّ على سُقُوطِ حُرْمَتِها وإباحَةِ إتْلافِها ، فلا يَضْمَنُها ، كسائِرِ المُباحَاتِ . والثانيةُ ، يَضْمَنُها إذا كان يُنْتَفَعُ بها فى غيرِه ؛ لأنَّها مالٌ يُمْكِنُ الانْتِفاعُ به ويَحِلُّ بَيْعُه ، فيَضْمَنُها ، كما لو لم يَكُنْ فيها خَمْرٌ ، ولأنَّ جَعْلَ الخَمْرِ فيها لا يَقْتَضِى سُقُوطَ ضَمانِها ، كالبَيْتِ الذى جُعِلَ مَخزنًا للخَمْرِ[4] .

الإنصاف

ونصَّ على تَخْرِيقِ الثِّيابِ السُّودِ . قال فى « الفُروعِ » : فيَتَوجَّهُ فيهما رِوايَتان . ومنها ، لا يضْمَنُ حَلْيًا مُحَرَّمًا على الرِّجالِ لم يَسْتَعْمِلُوه ، يصْلُحُ للنِّساءِ . قالَه فى « الفُروعِ » . ومنها ، قال صاحِبُ « الفُروعِ » : ظاهِرُ كلامِ الأصحابِ ، أنَّ الشِّطْرَنجَ مِن آلَةِ اللَّهْوِ . قلتُ : بل هى مِن أعْظَمِها ، وقد عَمَّ البَلاءُ بها . ونقَل أبو داوِدَ ، لا شئَ عليه فيه .

---

(١) فى : المسند ٢/١٣٣ .

(٢) الفضيخ : عصير العنب .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب نزل تحريم الخمر ، من كتاب الأشربة ، وفى : باب ما جاء فى إجازة خبر الواحد ، من كتاب الآحاد . صحيح البخارى ٧ / ١٣٦ ، ٩ / ١٠٨ ، ١٠٩ . ومسلم ، فى : باب تحريم الخمر ، من كتاب الأشربة . صحيح مسلم ٣ / ١٥٧٢ . والإمام مالك ، فى : باب جامع تحريم الخمر ، من كتاب الأشربة . الموطأ ٢ / ٨٤٦ .

(٤) آخر الجزء الرابع من مخطوطة أحمد الثالث والمشار إليها بالأصل ، وآخر الجزء الرابع من نسخة جامعة الرياض المشار إليها بالرمز (ر) .



المقنع

بَابُ الشُّفْعَةِ

وَهِيَ اسْتِحْقَاقُ الْإِنْسَانِ انْتِزَاعَ حِصَّةِ شَرِيكِهِ مِنْ يَدِ مُشْتَرِيهَا .

الشرح الكبير

بابُ الشُّفْعَةِ[1]

(وهي اسْتِحْقاقُ الإنسانِ انْتِزاعَ حِصَّةِ شَرِيكِه من يَدِ مُشْتَرِيها) وهي ثابتةٌ بالسُّنَّةِ والإجْماعِ ؛ أمَّا السُّنَّةُ فما روَى جابرٌ ، قال : قَضَى رسولُ اللهِ ﷺ بالشُّفْعَةِ فيما لم يُقْسَمْ ، فإذا وَقَعَتِ الحُدُودُ ، وصُرِّفَتِ الطُّرُقُ ، فَلا شُفْعَةَ . مُتَّفَقٌ عليه[2] . ولمسلمٍ قال : قَضَى رسولُ اللهِ ﷺ بالشُّفْعَةِ فى كلِّ ما لم يُقْسَمْ ؛ رَبْعَةٍ[3] ، أو حائِطٍ ، لا يَحِلُّ له أن يَبِيعَ حتى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَه ، فإن شاءَ أخَذَ ، وإن شاءَ تَرَكَ ، فإن باعَ ولم يَسْتَأْذِنْه ، فهو أحَقُّ

الإنصاف

كِتابُ الشُّفْعَةِ

قوله : وهى اسْتِحْقاقُ الإنْسانِ انتِزاعَ حِصَّةِ شَرِيكِه مِن يَدِ مُشْتَرِيها . وكذا قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ،

---

(١) من هنا يشار إلى نسخة تشستر بيتى على أنها الأصل ، والتى تجد أرقام صفحاتها فى مواضعها من التحقيق .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الشريك من شريكه ، وباب بيع الأرض والدور والعروض ، من كتاب البيوع ، وفى : باب الشفعة ما لم يقسم ... ، من كتاب الشفعة ، وفى : باب الشركة فى الأرضين ، وباب إذا اقتسم الشركاء ... ، من كتاب الشركة . صحيح البخارى ٣ / ١٠٤ ، ١١٤ ، ١٨٣ . ومسلم ، فى : باب الشفعة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٢٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٥٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء إذا أحدث الحدود ... ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٣١ . والنسائى ، فى : باب ذكر الشفعة وأحكامها ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٨٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٢٩٦ ، ٣١٦ ، ٣٧٢ ، ٣٩٩ .

(٣) الربعة : الدار والمسكن ومطلق الأرض .

الشرح الكبير

به . وللبخاريِّ : إنّما جَعَل رسولُ اللهِ ﷺ الشُّفْعَةَ فيما لم يُقْسَمْ ، فإذا وَقَعَتِ الحُدُودُ ، وصُرِّفَتِ الطُّرُقُ ، فَلَا شُفْعَةَ . وأمَّا الإجْماعُ ، فقال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ على إثْباتِ الشُّفْعَةِ للشَّرِيكِ الذى لم يُقاسِمْ ، فيما بِيعَ مِن أَرْضٍ أو دارٍ أو حائطٍ . والمَعْنَى فى ذلك أنَّ أحَدَ الشَّرِيكَيْن إذا أرادَ أن يَبِيعَ نَصِيبَه ، وتَمَكَّنَ مِن بَيْعِه لشَرِيكِه ، وتَخْلِيصِه مِمّا كان بصَدَدِهِ مِن تَوَقُّعِ الخَلَاصِ والاسْتِخْلاصِ ، فالذى يَقْتَضِيه حُسْنُ العِشْرَةِ أن يَبِيعَه منه ؛ لِيَصِلَ [٥/١١٢ ظ] إلى غَرَضِه مِن بَيْعِ نَصِيبِه ، وتَخْلِيصِ شَرِيكِه مِن الضَّرَرِ ، فإذا لم يَفْعَلْ ذلك وباعَه لأَجْنَبِيٍّ ، سَلَّطَ الشَّرْعُ الشَّرِيكَ على صَرْفِ ذلك إلى نَفْسِه . قال شَيْخُنا[1] : ولا نَعْلَمُ أحَدًا خالَفَ هذا إلَّا الأصَمَّ ، فإنه قال : لا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ ؛ فإنَّ فى ذلك إضْرارًا بأرْبابِ الأَمْلاكِ ، فإنَّ المُشْتَرِىَ إذا عَلِمَ أنَّه يُؤْخَذُ منه إذا اشْتَراه لم يَبْتَعْه ، ويَتَقاعَدُ الشَّرِيكُ عن الشِّراءِ ، فيَسْتَضِرُّ المالِكُ . وهذا الذى ذَكَره ليس

الإنصاف

و « المُسْتَوْعِبِ » ، وغيرِهم ، و « الخُلاصَةِ » ، وزادَ ، قَهْرًا . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو غيرُ جامِعٍ ؛ لخُروجِ الصُّلْحِ بمَعْنَى البَيْعِ ، والهِبَةِ بشَرْطِ الثَّوابِ ، ونحوِ ذلك منه . قلتُ : ويُمْكِنُ الجوابُ عن ذلك بأنَّ الهِبَةَ بشَرْطِ الثَّوابِ ، بَيْعٌ على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، على ما يأْتِى ، فالمَوْهوبُ له مُشْتَرٍ . وكذلك الصُّلْحُ يُسَمَّى فيه بائعًا ومُشْتَرِيًا ؛ لأنَّ الأصحابَ قالوا فيهما : هو بَيْعٌ . فهو إذَنْ جامِعٌ . وقال فى « المُغْنِى »[2] : هى اسْتِحْقاقُ الشَّرِيكِ انْتِزاعَ حِصَّةِ شَرِيكِه المُنْتَقِلَةِ عنه مِن

---

(١) فى : المغنى ٧/٤٣٦ .

(٢) انظر : المغنى ٧/٤٣٥ .

المقنع

وَلَا يَحِلُّ الاِحْتِيَالُ لِإِسْقَاطِهَا .

الشرح الكبير

بشيءٍ ؛ لمُخالَفَتِه الأحاديثَ الصَّحِيحَةَ والإِجْماعَ المُنْعَقِدَ قبلَه . والجَوابُ عما ذَكَره مِن وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، أنَّا نُشَاهِدُ الشُّرَكاءَ يَبِيعُونَ ، ولا يُعْدَمُ مَن يَشْتَرِى منهم غيرَ شُرَكائِهم ، ولم يَمْنَعْهُم اسْتِحْقاقُ الشُّفْعَةِ مِن الشِّراءِ . الثانى ، أنَّه يُمْكِنُه إذا لَحِقَتْه بذلك مَشَقَّةٌ أن يُقاسِمَ ، فتَسْقُطَ الشُّفْعَةُ . واشْتِقاقُها مِن الشَّفْعِ ، وهو الزَّوْجُ ، فإنَّ الشَّفِيعَ كان نَصِيبُه مُنْفَرِدًا فى مِلْكِه ، فبالشُّفْعَةِ يَضُمُّ المَبِيعَ إلى مِلْكِه فيَشْفَعُه به . وقيلَ : اشْتِقاقُها مِن الزِّيادَةِ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ يَزِيدُ المَبِيعَ فى مِلْكِه .

٢٣٨٥ – مسألة : (ولا يَحِلُّ الاحْتِيالُ) على إسْقاطِها . فإن فَعَل ، لم يَسْقُطْ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوايَةِ إسْماعيلَ بن سعيدٍ ، وقد سَأَلَه

الإنصاف

يَدِ مَنِ انْتَقَلَتْ إليه . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو غيرُ مانِعٍ ؛ لدُخُولِ ما انْتَقَلَ بغيرِ عِوَضٍ ؛ كالأَرْشِ ، والوَصِيَّةِ ، والهِبَةِ بغيرِ ثَوابٍ ، أو بغيرِ عِوَضٍ مالِىٍّ ، على المَشْهورِ ، كالخُلْعِ ونحوِه . قال : فالأَجْوَدُ إذَنْ أنْ يُقالَ : مِن يَدِ مَنِ انْتَقَلَتْ إليه بعِوَضٍ مالِىٍّ ، أو مُطْلَقًا . [٢/٢٠٥ظ] انتهى .

فائدتان ؛ إحْداهما ، قال الحارِثِىُّ : ولاخَفاءَ بالقُيودِ فى حدِّ المُصَنِّفِ ؛ فقَيْدُ الشَّرِكَةِ مُخْرِجٌ للجِوارِ ، والخُلْطَةِ بالطَّريقِ ، وقَيْدُ الشِّراءِ مُخْرِجٌ للمَوْهوبِ ، والمُوصَى به ، والمَوْروثِ ، والمَمْهورِ ، والعِوَضِ فى الخُلْعِ ، والصُّلْحِ عن دَمِ العَمْدِ . وفى بعضِه خِلافٌ . قال : وأوْرَدَ على قَيْدِ الشَّرِكَةِ ، أنْ لو كانَ مِن تَمامِ الماهِيَّةِ ، لما حَسُنَ أنْ يُقالَ : هل تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ للجارِ ، أم لا ؟ انتهى .

الثَّانيةُ ، قولُه : ولا يحِلُّ الاحْتِيالُ لإِسْقاطِها . بلا نِزاعٍ فى المذهبِ ، نصَّ عليه .

الشرح الكبير

عن الحِيلَةِ فى إبْطالِ الشُّفْعَةِ ، فقال : لَا يَجُوزُ شىءٌ مِن الحِيَلِ فى ذلك ، ولا فى إبْطالِ حَقِّ مسلمٍ . وبهذا قال أبو أيُّوبَ ، وأبو خَيْثَمَةَ ، وابنُ أبى شَيْبَةَ ، وأبو إسْحاقَ الجُوزْجَانِىُّ . وقال عبدُ اللهِ بنُ عمرَ : مَن يَخْدَعِ اللهَ يَخْدَعْه . ومَعْنَى الحِيلَةِ : أن يُظْهِرُوا فى البَيْعِ شيئًا لا يُؤْخَذُ بالشُّفْعَةِ معه ، ويَتَواطَئُونَ فى الباطِنِ على خِلافِه ، مثلَ أن يَشْتَرِىَ شَيْئًا يُساوِى عَشَرَةَ دَنانِيرَ بألْفِ دِرْهَمٍ ثم يَقْضِيَه عنها عَشَرَةَ دَنانِيرَ ، أو يَشْتَرِيَه بمائةِ دِينارٍ ويَقْضِيَه عنها مائةَ دِرْهمٍ ، أو يَشْتَرِىَ البائِعُ مِن المُشْتَرِى عَبْدًا قِيمَتُه مائةٌ بألْفٍ فى ذِمَّتِه ثم يَبِيعَه الشِّقْصَ بالألْفِ ، أو يَشْتَرِىَ شِقْصًا بألْفٍ ثم يُبْرِئَه البائِعُ مِن تِسْعمائةٍ ، أو يَشْتَرِىَ جُزْءًا مِن الشِّقْصِ بمائةٍ ثم يَهَبَ له البائِعُ باقِيَه ، أو يَهَبَ الشِّقْصَ للمُشْتَرِى ويَهَبَ المُشْتَرِى له الثَّمَنَ ، أو يُعْقَدَ البَيْعُ بثَمَنٍ مَجْهُولِ المِقْدارِ ، كحَفْنَةِ قُراضَةٍ ، أو جَوْهَرَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، أو سِلْعَةٍ مُعَيَّنَةٍ غيرِ مَوْصُوفَةٍ ، أو بمائةِ دِرْهَمٍ ولُؤْلُؤَةٍ ، وأشباهُ هذا . فإن وَقَع ذلك مِن غيرِ تَحَيُّلٍ ، سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ . وإن [١١٣/٥ و] تَحَيَّلَا به على إسْقاطِ الشُّفْعَةِ لم تَسْقُطْ ، ويَأْخُذُ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ فى الصُّورَةِ الأُولَى بعَشَرَةِ دَنانِيرَ أو قِيمَتِها مِن الدَّراهِمِ . وفى الثانيةِ بمائةِ دِرْهَمٍ أو قِيمَتِها ذَهَبًا . وفى الثالثةِ

الإنصاف

ولا تَسْقُطُ بالتَّحَيُّلِ أيْضًا . نصَّ عليه . وقد ذكَر الأصحابُ للحِيلَةِ فى إسْقاطِها صُوَرًا ؛ الأُولَى ، أنْ تكونَ قِيمَةُ الشِّقْصِ مِائَةً ، وللمُشْتَرِى عَرْضٌ قِيمَتُه مِائَةٌ ، فيَبِيعَه العَرْضَ بمِائَتَيْن ، ثم يشْتَرِىَ الشِّقْصَ منه بمِائَتَيْن ، ويَتقاصَّان ، أو يتواطَآن على أنْ يدْفَعَ إليه عَشَرَةَ دَنانِيرَ عن المِائَتَيْن ، وهى أقَلُّ مِنَ المِائَتَيْن ، فلا يُقْدِمُ الشَّفِيعُ عليه ؛ لنُقْصانِ قِيمَتِه عن المِائَتَيْن . الثَّانيةُ ، إظْهارُ كَوْنِ الثَّمَنِ مِائَةً ، ويكونُ

الشرح الكبير

بقيمةِ العَبْدِ المَبيعِ . وفى الرَّابعَةِ بالباقِى بعدَ الإبْراءِ . وفى الخامسةِ ، يأْخُذُ الجُزْءَ المَبيعَ مِن الشِّقْصِ بقِسْطِه مِن الثَّمَنِ . ويَحْتَمِلُ أن يَأْخُذَ الشِّقْصَ كلَّه بجَميعِ الثَّمنِ ؛ لأنَّه إنَّما وَهَبَه بَقِيَّةَ الشِّقْصِ عِوَضًا عن الثَّمَنِ الذى اشْتَرَى به جُزْءًا مِن الشِّقْصِ . وفى السادسةِ يَأْخُذُ بالثَّمَنِ المَوْهُوب . وفى سائِرِ الصُّوَرِ المَجْهُولِ ثَمَنُها يَأْخُذُه بمِثْلِ الثَّمنِ ، أو قِيمَتِه إن لم يَكُنْ مِثْلِيًّا إذا كان الثَّمَنُ مَوْجُودًا ، فإن لم يُوجَدْ ، دَفَع إليه قِيمَةَ الشِّقْصِ ؛ لأنَّ الأَغْلَبَ وُقُوعُ العَقْدِ على الأشْياءِ بقِيمَتِها . وقال أصحابُ الرَّأْىِ ، والشافعىُّ : يَجُوزُ ذلك كلُّه ، وتَسْقُطُ به الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّه لم يَأْخُذْ بما وَقَع (١البَيْعُ به١) ، فلم يَجُزْ ، كما لو لم(٢) يَكُنْ حِيلَةً . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « مَنْ أَدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ ، وَلَا يَأْمَنُ أَنْ يَسْبِقَ ، فَلَيْسَ بِقِمَارٍ ، وَإِنْ أَمِنَ أَنْ يَسْبِقَ ، فَهُوَ قِمَارٌ » . رَواه أبو داودَ وغيرُه(٣) . فجَعَلَ إدْخالَ

الإنصاف

المَدْفوعُ عِشْرِين فقط . الثَّالِثَةُ ، أنْ يكونَ كذلك ، ويُبْرِئَه مِن ثَمانِين . الرَّابعةُ ، أنْ يهَبَه الشِّقْصَ ، ويهَبَه المَوْهوبُ له الثَّمَنَ . الخامسةُ ، أنْ يبِيعَه الشِّقْصَ بصُبْرَةِ دَراهِمَ معْلُومَةٍ بالمُشاهَدَةِ ، مَجهولَةِ المِقْدارِ ، أو بجَوْهَرَةٍ ، ونحوِها . فالشَّفيعُ على شُفْعَتِه فى جميعِ ذلك ، فيَدْفَعُ فى الأُولَى قِيمَةَ العَرْضِ مِائَةً ، أو مِثْلَ العَشَرَةِ دَنانِيرَ . وفى الثَّانيةِ عِشْرِين . وفى الثَّالِثَةِ كذلك ؛ لأنَّ الإبْراءَ حِيلَةٌ . قالَه فى « الفائقِ » ، وقالَه القاضي ، وابنُ عَقِيلٍ . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : يأْخُذُ الجُزْءَ المَبِيعَ مِنَ الشِّقْصِ بقِسْطِه مِنَ الثَّمَنِ ، ويحْتَمِلُ أنْ يأْخُذَ الشِّقْصَ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

(٣) تقدم تخريجه فى ١٢/ ١٣٣ ، ١٣/ ٢٣ .

الشرح الكبير

الفَرَسِ المُحَلِّلِ قِمَارًا فى المَوْضِعِ الذى يَقْصِدُ به إباحَةَ إخْراجِ كلٍّ واحِدٍ مِن المُتَسَابقِين جُعْلًا ، مع عَدَمِ مَعْنَى المُحَلِّلِ فيه ، وهو كونُه بحالٍ يَحْتَمِلُ أن يَأْخُذَ سَبَقَهُما . وهذا يَدُلُّ على إبْطالِ كلِّ حِيلَةٍ لم يُقْصَدْ بها إلَّا إباحَةُ المُحَرَّمِ ، مع عَدَمِ المَعْنَى فيها . واسْتَدَلَّ أصحابُنا بما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا تَرْتَكِبُوا مَا ارْتَكَبتِ اليَهُودُ ، فَتَسْتَحِلُّوا مَحارِمَ اللهِ بأَدْنَى الْحِيَلِ »[1] . وقال النبىُّ ﷺ : « لَعَنَ اللهُ اليَهُودَ ، إنَّ اللهَ لَمَّا حَرَّمَ عَلَيْهِمْ شُحُومَهَا جَمَلُوهُ ، ثُمَّ بَاعُوهُ ، وَأَكَلُوا ثَمَنَهُ » . مُتَّفَقٌ عليه[2] . ولأنَّ اللهَ تعالَى ذَمَّ المُخادِعِينَ له بقَولِه : ﴿ يُخَٰدِعُونَ ٱللَّهَ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّآ أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ ﴾[3] . والحِيَلُ مُخادَعَةٌ ، وقد مَسَخَ اللهُ تَعالَى الذين اعْتَدَوْا فى السَّبْتِ قِرَدَةً بحِيَلِهِم ، فإنَّه رُوِىَ عنهم أنَّهم كانوا يَنْصِبُونَ شِبَاكَهُم يومَ الجُمُعَةِ ، ومنهم مَن يَحْفِرُ جِبابًا ، ويُرْسِلُ الماءَ إليها يومَ الجُمُعَةِ ، فإذا

الإنصاف

كُلَّه بجميعِ الثَّمَنِ . وجزَم بهذا الاحْتِمالِ فى « المُسْتَوْعِبِ » . قال الحارِثِىُّ : وهو الصَّحيحُ . وفى الرَّابعَةِ ، يرْجِعُ فى الثَّمَنِ المَوْهوبِ له . وفى الخامسةِ ، يدْفَعُ مِثْلَ الثَّمَنِ المَجْهولِ ، أو قِيمَتَه ، إنْ كان باقِيًا . ولو تعَذَّرَ بتَلَفٍ أو مَوْتٍ ، دفَع إليه قِيمَةَ الشِّقْصِ . ذكَر ذلك الأصحابُ . نقَلَه فى « التَّلْخيصِ » . وأمَّا إذا تعَذَّرَ مَعْرِفَةُ

---

(1) ذكره ابن كثير فى تفسيره ٣/٤٩٢ ، وحسن إسناده . وانظر إرواء الغليل ٥/٣٧٥ .

(2) تقدم تخريجه فى ٢/٣٠٧ رقم (٢) ويضاف إليه : البخارى ، فى : باب قوله : ﴿ وعلى الذين هادوا حرمنا ... ﴾ ، من تفسير سورة الأنعام ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى ٦/٧٢ .

(3) سورة البقرة ٩ .

الشرح الكبير

جاءتِ الحِيتانُ يومَ السَّبْتِ وَقَعَتْ فى الشِّبَاكِ والجِبَابِ ، فَيدَعُونَها [٥/١١٣ ظ] إلى لَيْلَةِ الأحَدِ ، فيأْخُذُونَها ، ويَقُولُونَ : ما اصْطَدْنَا يومَ السَّبْتِ شيئًا . فمَسَخَهُم اللهُ تعالَى بحِيلَتِهِم . وقال تعالَى : ﴿ فَجَعَلْنَـٰهَا نَكَـٰلًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً لِّلْمُتَّقِينَ ﴾[1] . قِيلَ : يَعْنِى به أُمَّةَ محمدٍ ﷺ . أى ليَتَّعِظَ بذلك أُمَّةُ محمدٍ ﷺ ، فيَجْتَنِبُوا مِثلَ فِعْلِ المُعْتَدِينَ . ولأنَّ الحِيلَةَ خَدِيعَةٌ ، وقد قال النبىُّ ﷺ : « لَا تَحِلُّ الخَدِيعَةُ لِمُسْلِمٍ »[2] . ولأنَّ الشُّفْعَةَ وُضِعَتْ لدَفْعِ الضَّرَرِ ، فلو سَقَطَتْ بالتَّحَيُّلِ لَلَحِقَ الضَّرَرُ ، فلم تَسْقُطْ ، كما لو أسْقَطَها المُشْتَرِى عنه بالوَقْفِ والبَيْعِ . وفارَقَ ما لم يُقْصَدْ به التَّحَيُّلُ ؛ لأنَّه لا خِدَاعَ فيه ، ولا قُصِدَ به إبْطالُ حَقٍّ ، والأعْمالُ بالنِّيَّاتِ . فإنِ اخْتَلَفَا هل وَقَعَ شىءٌ مِن هذا حِيلَةً أو لا ؟ فالقولُ قولُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه ؛ لأنَّه أعْلَمُ بنِيَّتِه وحالِه . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّ الغَرَرَ فى الصُّورَتَيْن الأُولَيَيْن على المُشْتَرِى ؛ لشِرائِه ما يُسَاوِى

الإنصاف

الثَّمَنِ مِن غيرِ حِيلَةٍ ؛ بأنْ قال المُشْتَرِى : لا أعْلَمُ قَدْرَ الثَّمَنِ . كان القَوْلُ قَوْلَه مع يمِينِه ، وأنَّه لم يَفْعَلْه حِيلَةً ، وتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ . وقال فى « الفائقِ » : قلتُ : ومِن صُوَرِ التَّحَيُّلِ ؛ أنْ يقِفَه المُشْتَرِى ، أو يهَبَه حِيلَةً ، لإِسْقاطِها ، فلا تسْقُطُ بذلك عندَ الأئمَّةِ الأرْبَعَةِ ، ويغْلَطُ مَن يحْكُمُ بهذا ممَّن ينْتَحِلُ مذهبَ أحمدَ ، وللشَّفِيعِ الأخْذُ بدونِ حُكْمٍ . انتهى . قال فى « القاعِدَةِ الرَّابِعَةِ والخَمسِين » : هذا الأظْهَرُ .

---

(١) سورة البقرة ٦٦ .

(٢) تقدم تخريجه فى ١١/٣٤٧ .

المقنع وَلَا تَثْبُتُ إِلَّا بِشُرُوطٍ خَمْسَةٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ مَبِيعًا . وَلَا شُفْعَةَ فِيمَا انْتَقَلَ بِغَيْرِ عِوَضٍ بِحَالٍ ، ....

الشرح الكبير عَشَرَةً بمائةٍ ، وما يُساوِى مائَةَ دِرْهَمٍ بمائةِ دِينَارٍ ، وأَشْهَدَ على نَفْسِه أَنَّ عليه أَلْفًا ، فرُبَّما طالَبَه بها ، فلَزِمَه فى ظاهِرِ الحُكْمِ . وفى الثالثةِ الغَرَرُ على البائِعِ ؛ لأَنَّه اشْتَرَى عَبْدًا يُساوِى مائةً بأَلْفٍ . وفى الرابعةِ الغَرَرُ على المُشْتَرِى ؛ لأَنَّه اشْتَرَى شِقْصًا قِيمَتُه مائةٌ بأَلْفٍ . وكذلك فى الخامسةِ ؛ لأَنَّه اشْتَرَى بعضَ الشِّقْصِ بثَمَنِ جَمِيعِه . وفى السادسةِ على البادِئِ منهما بالهِبَةِ ؛ لأَنَّه قد لا يَهَبُ له الآخَرُ شيئًا . فإن خالَفَ أَحَدُهما ما تَوَاطَآ عليه ، فطالَبَ صاحِبَه بما أَظْهَرَه ، لَزِمَه فى ظاهِرِ الحُكْمِ ؛ لأَنَّه عَقَدَ البَيْعَ مع صاحِبِه بذلك مُخْتارًا ، فأَمَّا فى ما بينَه وبينَ اللهِ تعالى ، فلا يَحِلُّ لمَن غَرَّ صاحِبَه الأَخْذُ بخِلافِ ما تواطَآ عليه ؛ لأَنَّ صاحِبَه إنَّما رَضِىَ بالعَقْدِ للتَّوَاطُؤِ ، فمع فَواتِه لا يَتَحَقَّقُ الرِّضا به .

٢٣٨٦ – مسألة : (ولا تَثْبُتُ إِلَّا بِشُرُوطٍ خَمْسَةٍ ؛ أَحَدُها ، أن يكونَ مبيعًا ، ولا شُفْعَةَ فيما انْتَقَلَ بغيرِ عِوَضٍ بحالٍ) كالهِبَةِ بغيرِ ثوابٍ ، والصَّدَقَةِ ، والوَصِيَّةِ ، والإِرْثِ ، فلا شُفْعَةَ فيه فى قَوْلِ الأَكْثَرِينَ ؛ منهم مالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو حنيفةَ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، إلَّا أنَّه حُكِىَ عن مالكٍ رِوايَةٌ أُخْرَى ، أنَّ الشُّفْعَةَ تَجِبُ فى المُنْتَقِلِ بهِبَةٍ أو صَدَقَةٍ ، ويَأْخُذُه الشَّفِيعُ بقيمَتِه . وحُكِىَ عن ابنِ أبى لَيْلَى ؛ لأَنَّ الشُّفْعَةَ تَثْبُتُ لإِزالَةِ [١١٤/٥ و] ضَرَرِ الشَّرِكَةِ ، وهو مَوْجُودٌ فى الشَّرِكَةِ كيفما كان ، ولأَنَّ

الإنصاف ....

المقنع

وَلَا فِيمَا عِوَضُهُ غَيْرُ الْمَالِ ؛ كَالصَّدَاقِ ، وَعِوَضِ الْخُلْعِ ، وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

الضَّرَرَ اللَّاحِقَ بالمُتَّهِبِ دُونَ ضَرَرِ المُشْتَرِى ؛ لأنَّ إقْدامَ المُشْتَرِى على شِرَاءِ الشِّقْصِ وبَذْلِ مالِه ، دَلِيلُ حاجَتِه إليه ، فانْتِزاعُه منه أعْظَمُ ضَرَرًا مِن أخْذِه مِمّن لم يُوجَدْ منه دَلِيلُ الحاجَةِ إليه . ولَنا ، أنَّه انْتَقَلَ بغيرِ عِوَضٍ ، أشْبَهَ المِيراثَ ، ولأنَّ مَحَلَّ الوِفاقِ هو البَيْعُ ، والخَبَرُ وَرَد فيه ، وليس غيرُه فى مَعْناه ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُه مِن المُشْتَرِى بمِثْلِ السَّبَبِ الذى انْتَقَل إليه به ، ولا يُمْكِنُ هذا فى غيرِه ، ولأنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الشِّقْصَ بثَمَنِه ، لا بقِيمَتِه ، وفى غيرِه يَأْخُذُه بقِيمَتِه ، فافْتَرَقَا .

٢٣٨٧ - مسألة : (ولا) تَجِبُ (فيما عِوَضُه غيرُ المالِ ؛ كالصَّدَاقِ ، وعِوَضِ الخلْعِ ، والصُّلْحِ عن دَمِ العَمْدِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ) المُنْتَقِلُ بعِوَضٍ على ضَرْبَيْنِ ؛ أحدُهما ، ما عِوَضُه المالُ ، كالبَيْعِ ، ففيه الشُّفْعَةُ ، بغيرِ خِلافٍ ، وكذلك كلُّ ما جَرَى مَجْراه ، كالصُّلْحِ بمَعْنَى البَيْعِ ، والصُّلْحِ عن الجِنايَةِ المُوجِبَةِ للمالِ ، والهِبَةِ

الإنصاف

قوله : ولا شُفْعَةَ فيما عِوَضُه غيرُ المالِ ؛ كالصَّداقِ ، وعِوَضِ الخُلْعِ ، والصُّلْحِ عن دَمِ العَمْدِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وظاهِرُ « الشَّرْحِ » الإطْلاقُ ؛ أحدُهما ، لا شُفْعَةَ فى ذلك . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قال فى « الكافِى » : لا شُفْعَةَ فيه فى ظاهِرِ المذهبِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا أشْهَرُ الوَجْهَيْن عندَ القاضى ، وأكثرِ

الشرح الكبير

المَشْرُوطِ فيها ثوابٌ مَعْلُومٌ ؛ لأنَّ ذلك بَيْعٌ يَثْبُتُ فيه أحْكامُ البَيْعِ ، وهذا منها . وبه يقولُ مالكٌ ، والشافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ ، إلَّا أنَّ أبا حنيفة وأصحابَه قالوا : لا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ فى الهِبَةِ المَشْرُوطِ فيها ثوابٌ حتى يَتَقَابَضَا ؛ لأنَّ الهِبَةَ لا تَثْبُتُ إلَّا بالقَبْضِ ، فأشْبَهَتِ البَيْعَ بشَرْطِ الخِيارِ . ولَنا ، أنَّه تَمَلَّكَها بعِوَضٍ ، هو مالٌ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى القَبْضِ فى اسْتِحْقاقِ الشُّفْعَةِ ، كالبَيْعِ . ولا يَصِحُّ ما قالوه مِن اعْتِبارِ لَفْظِ الهِبَةِ ؛ لأنَّ العِوَضَ صَرَفَ اللَّفْظَ عن مُقْتَضاه ، وجَعَلَه عِبارَةً عن البَيْعِ خاصَّةً عندَهم ، فإنَّه

الإنصاف

أصحابِه . قال ابنُ مُنَجَّى : هذا أوْلَى . قال الحارِثِيُّ : أكثرُ الأصحابِ قال بانْتِفاءِ الشُّفْعَةِ ؛ منهم أبو بَكْرٍ ، وابنُ أبِى مُوسى ، وأبو علىٍّ بنُ شِهابٍ ، والقاضى ، وأبو الخَطَّابِ فى « رُءوسِ المَسائلِ » ، وابنُ عَقِيلٍ ، والقاضى يَعْقُوبُ ، والشَّرِيفان ؛ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو القاسِمِ الزَّيْدِىُّ ، والعُكْبَرِىُّ ، وابنُ بَكْروسٍ ، والمُصَنِّفُ . وهذا هو المذهبُ ، ولذلك قدَّمه فى المَتْنِ . انتهى . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « العُمْدَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، وغيرِهم . والوَجْهُ الثَّانى ، فيه الشُّفْعَةُ . اخْتارَه ابنُ حامِدٍ ، وأبو الخَطَّابِ فى « الانْتِصارِ » ، وابنُ حَمْدانَ فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . فعلى هذا القَوْلِ ، يأْخُذُه بقِيمَتِه . على الصَّحيحِ . اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، وصاحِبُ « الفائقِ » . وصحَّحه النَّاظِمُ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » . وقيل : يأْخُذُه

الشرح الكبير

يَنْعَقِدُ بها النِّكاحُ الذى لا تَصِحُّ الهِبَةُ فيه بالاتِّفاقِ[1] . الضربُ الثانى ، ما انْتَقَلَ بعِوَضٍ غيرِ المالِ ، نَحْوَ أن يَجْعَلَ الشِّقْصَ مَهْرًا أو عِوَضًا فى الخُلْعِ ، أو فى الصُّلْحِ عن دَمِ العَمْدِ ، فلا شُفْعَةَ ، فيه ، فى ظاهِرِ كَلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّه لم يَتَعَرَّضْ فى جَمِيعِ مَسائِلِه لغيرِ البَيْعِ . اخْتارَه أبو بكرٍ . وبه قال الحَسَنُ ، والشَّعْبِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . حَكاه عنهم ابنُ المُنْذِرِ واخْتارَه . وقال ابنُ حامِدٍ : تَجِبُ فيه الشُّفْعَةُ . وبه قال ابنُ شُبْرُمَةَ ، والحارِثُ العُكْلِىُّ ، ومالكٌ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والشافعىُّ ؛ [٥/١١٤ ظ] لأنَّه عَقارٌ مَمْلُوكٌ بعقدِ مُعاوَضةٍ ، أشْبَهَ البيعَ . ووجهُ الأوَّلِ ، أنَّه مَمْلُوكٌ بغيرِ مالٍ ، أشْبَهَ المَوْهُوبَ والمَوْرُوثَ ، ولأنَّه يَمْتَنِعُ أخْذُه بمَهْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّنا لو أوْجَبْنا مَهْرَ المِثْلِ لقَوَّمْنا البُضْعَ على الأجانِبِ ، وأضْرَرْنا بالشَّفِيعِ ؛ لأنَّ مَهْرَ المِثْلِ يتَفاوَتُ مع المُسَمَّى ؛ لتَسامُحِ الناسِ فيه فى العادَةِ . ويَمْتَنِعُ أخْذُه بالقِيمَةِ ؛ لأنَّها ليست عِوَضَ الشِّقْصِ ، فلا يَجُوزُ الأَخْذُ بها ، كالمَوْرُوثِ ، فيَتَعَذَّرُ أخْذُه . وفارَقَ البَيْعَ ، فإنَّه أمْكَنَ الأخْذُ

الإنصاف

بقِيمَةِ[2] مُقابِلِه ؛ مِن مَهْرٍ ودِيَةٍ . حَكاه الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ عن ابنِ حامِدٍ . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . وسيَأْتِى ذلك فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى آخِرِ الفَصْلِ السَّادِسِ .

فوائد ؛ منها ، قال فى « الفُروعِ » : وعلى قِياسِ هذه المَسْأَلَةِ ؛ ما أُخِذَ أُجْرَةً ، أو ثَمَنًا فى سَلَمٍ ، أو عِوَضًا فى كِتابَةٍ . وجزَم به فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . قال فى

---

(1) فى م : « بالإنفاق » .
(2) فى ط : « بقيمته » .

الشرح الكبير

بعِوَضِه . فإن قُلْنا : يُؤْخَذُ بالشُّفْعَةِ . فطَلَّقَ الزَّوْجُ قبلَ الدُّخُولِ بعدَ[1] عَفْوِ الشَّفِيعِ ، رَجَع بِنِصْفِ ما أصْدَقَها ؛ لأنَّه مَوْجُودٌ فى يَدِها بصِفَتِه ، وإن طَلَّقَ بعدَ أخْذِ الشَّفِيعِ ، رَجَع بِنِصْفِ قِيمَتِه ؛ لأنَّ مِلْكَها زالَ عنه ، فهو كما لو باعَتْه . وإن طَلَّقَ قبلَ عِلْمِ الشَّفِيعِ ثم عَلِم ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، يُقَدَّمُ حَقُّ الشَّفِيعِ ؛ لأنَّه ثَبَت بالنِّكاحِ السّابِقِ على الطَّلاقِ ، فهو أسْبَقُ . والثانى ، حَقُّ الزَّوْجِ مُقَدَّمٌ ؛ لأنَّه ثَبَت بالنَّصِّ والإِجْماعِ ، والشُّفْعَةُ هٰهُنا لا نَصَّ فيها ولا إجْماعَ . فأمّا إن عَفَا الشَّفِيعُ ، ثم طَلَّقَ الزَّوْجُ فرَجَعَ فى نِصْفِ الشِّقْصِ ، لم يَسْتَحِقَّ الشَّفِيعُ الأخْذَ منه ؛ لأنَّه عادَ إلى المالِكِ ؛ لزَوالِ العَقْدِ ، فلم يَسْتَحِقَّ به الشَّفِيعُ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ . وكذلك كلُّ فَسْخٍ يَرْجِعُ به الشِّقْصُ إلى العاقِدِ ؛ كرَدِّه بعَيْبٍ ، أو مُقايَلةٍ ، أو اخْتِلافِ المُتَبايِعَيْن ، أو رَدِّه لغَبْنٍ . وقد ذَكَرْنا فى الإِقالَةِ رِوايَةً أُخْرَى ، أنَّها بَيْعٌ ، فتَثْبُتُ فيها الشُّفْعَةُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ . فعلى هذا ، لو لم يَعْلَمِ الشَّفِيعُ حتى تَقايَلَا ، فله أن يَأْخُذَ مِن أيِّهما شاء ، وإن عَفَا عن الشُّفْعَةِ فى البَيْعِ ثم تَقايَلَا ، فله الأخْذُ بها .

فصل : فإذا جَنَى جِنايَتَيْن عَمدًا وخَطَأً ، فصالَحَه منهما على شِقْصٍ ، فالشُّفْعَةُ فى نِصْفِ الشِّقْصِ دُونَ باقِيه . وبه قال أبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ .

الإنصاف

« الكافِى » : ومِثْلُه ما اشْتَراه الذِّمِّىُّ بخَمْرٍ ، أو خِنْزِيرٍ . قال الحارِثِىُّ : وطَرَد أصحابُنا الوَجْهَيْن فى الشِّقْصِ المَجْعُولِ أُجْرَةً فى الإِجارَةِ ، ولكِنْ نقولُ : الإِجارَةُ

---

(١) فى الأصل : « قبل » .

الشرح الكبير

وهذا على الرِّوايَةِ التى نقولُ فيها : إن مُوجَبَ العَمْدِ القِصَاصُ عَيْنًا . وإن قُلْنا : مُوجَبُه أحَدُ شَيْئَيْن . وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ فى الجَمِيعِ . وقال أبو حنيفةَ : لا شُفْعَةَ فى الجَمِيعِ ؛ لأنَّ الأخْذَ بها تَبْعِيضٌ للصَّفْقَةِ على المُشْتَرِى . ولَنا ، أنَّ ما قابَلَ الخَطَأَ عِوَضٌ عن مالٍ ، فوَجَبَتْ فيه الشُّفْعَةُ ، كما لو انْفَرَدَ ، ولأنَّ الصَّفْقَةَ جَمَعَتْ ما يَجِبُ فيه وما لا يَجِبُ ، فوَجَبَتْ فيما يَجِبُ دُونَ الآخَرِ ، كما لو اشْتَرَى شِقْصًا وسَيْفًا . وبهذا الأصْلِ يَبْطُلُ ما ذَكَرَه . قال شيخُنا[1] : وقولُ أبى حنيفةَ أقْيَسُ ؛ لأنَّ فى الشُّفْعَةِ تَبْعِيضَ الشِّقْصِ على المُشْتَرِى ، ورُبَّما لا يَبْقَى منه إلَّا ما لا نَفْعَ فيه ، فأشْبَهَ ما لو أرادَ أخْذَ بعضِه مع [٥/١١٥ و] عَفْوِ صاحِبِه ، بخِلافِ مسألَةِ الشِّقْصِ والسَّيْفِ . وأمّا إذا قُلْنا : إنَّ الواجِبَ أحَدُ شَيْئَيْن . فباخْتِيارِه الصُّلْحَ سَقَطَ القِصاصُ وتَعَيَّنَتِ الدِّيَةُ ، فكان الجَمِيعُ عِوَضًا عن مالٍ .

الإنصاف

نَوْعٌ مِنَ البَيْعِ ، فيَبْعُدُ طَرْدُ الخِلافِ [2] إذَنْ . فالصَّحيحُ على أصْلِنا ، جرَيانُ الشُّفْعَةِ ، قوْلًا واحِدًا . ولو كان الشِّقْصُ جُعْلًا فى جَعالَةٍ ، فكذلك مِن غيرِ فَرْقٍ . وطَرَد صاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، وغيرُه مِنَ الأصحابِ الخِلافَ[2] أيضًا فى الشِّقْصِ المأْخُوذِ عِوَضًا عن نُجومِ الكِتابَةِ . ومنهم مَن قطَع بنَفْىِ الشُّفْعَةِ فيه ، وهو القاضى يَعْقُوبُ . ولا أعْلَمُ لذلك وَجْهًا . وحكَى بعضُ شُيوخِنا ، فيما قرَأْتُ عليه ، [٢/٢٠٦ و] طَرْدَ الوَجْهَيْن أيضًا فى المَجْعولِ رأْسَ مالٍ فى السَّلَمِ . وهو أيضًا بعيدٌ ؛ فإنَّ السَّلَمَ نَوْعٌ مِنَ البَيْعِ . انْتَهى كلامُ الحارِثِىِّ ، ثم قال : إذا تقَرَّرَ ما قُلْنا فى

---

(١) فى : المغنى ٧/٤٤٦ .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

المقنع

فَصْلٌ : الثَّانِى ، أَنْ يَكُونَ شِقْصًا مُشَاعًا مِنْ عَقَارٍ يَنْقَسِمُ ، فَأَمَّا الْمَقْسُومُ الْمُحَدَّدُ فَلَا شُفعَةَ لِجَارِهِ فِيهِ .

الشرح الكبير

٢٣٨٨ - مسألة : (الثانى ، أن يَكُونَ شِقْصًا مُشَاعًا مِن عَقَارٍ يَنْقَسِمُ ، فأمّا المَقْسُومُ المَحْدُودُ فلا شُفْعَةَ لجارِه فيه) وبه قال عمرُ ، وعُثمانُ ، وعُمَرُ بنُ عبدِ العَزِيزِ ، وابنُ المُسَيَّبِ ، وسُليمانُ بنُ يَسَارٍ ،

الإنصاف

المأْخُوذِ[1] عِوَضًا عن نُجومِ الكِتابَةِ ، فلو عجز المُكاتَبُ بعدَ الدَّفْعِ ورَقَّ ، هل تجبُ الشُّفْعَةُ إذَنْ ؟ قال فى « التَّلْخيصِ » : يحْتَمِلُ وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، نعم . والثَّانى ، لا ، وهو أوْلَى . الثَّانيَةُ ، لو قال لأُمِّ وَلَدِه : إنْ خدَمْتِ أوْلادِى شَهْرًا ، فلك هذا الشِّقْصُ . فخَدَمَتْهم ، اسْتَحَقَّتْه ، وهل تَثْبُتُ فيه الشُّفْعَةُ ؟ يحْتَمِلُ وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، نعم . وهذا على القَوْلِ بالشُّفْعَةِ فى الإجارَةِ . والثَّانى ، لا ؛ لأنَّها وَصِيَّةٌ . قالَه الحارِثِىُّ . وهذا الثَّانى هو الصَّوابُ . الثَّالثةُ ، إذا قيلَ بالشُّفْعَةِ فى المَمْهُورِ ، فطَلَّقَ الزَّوْجُ قبلَ الدُّخولِ ، وقبلَ الأخْذِ ، فالشُّفْعَةُ مُسْتَحَقَّةٌ فى النِّصْفِ بغيرِ إشْكالٍ ، وما بَقِىَ ؛ إنْ عفَا عنه الزَّوْجُ ، فهِبَةٌ مُبْتَدَأَةٌ لا شُفْعَةَ فيه ، على الصَّحيحِ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : يسْتَحِقُّه الشَّفِيعُ . وإنْ لم يَعْفُ ، فلا شُفْعَةَ فيه أيضًا . على الصَّحيحِ ؛ لدُخُولِه فى مِلْكِ الزَّوْجِ قبلَ الأخْذِ . قدَّمه فى « شَرْحِ الحارِثِىِّ » . وذكَر القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ احْتِمالَيْن ، والمُصَنِّفُ وَجْهَيْن . قال الحارِثِىُّ : والأَخْذُ هُنا بالشُّفْعَةِ لا يتَمَشَّى على أصُولِ أحمدَ . وإنْ أخَذ الشَّفِيعُ قبلَ الطَّلاقِ ، فالشُّفْعَةُ ماضِيَةٌ ، ويرْجِعُ الزَّوْجُ إلى نِصْفِ قِيمَةِ الشِّقْصِ . قال القاضى وغيرُه : يرْجِعُ بأقَلِّ الأمْرَيْن ؛ مِن نِصْفِ قِيمَتِه يَوْمَ إصْداقِها ، ويَوْمَ إقْباضِها .

قوله : الثَّانى ، أنْ يكونَ شِقْصًا مُشاعًا مِن عَقارٍ يَنْقَسِمُ - يعْنِى قِسْمَةَ إجْبارٍ -

---

(١) فى الأصل : « الموجود » .

الشرح الكبير

والزُّهْرِىُّ ، ويحيى الأنْصارِىُّ ، وأبو الزِّنَادِ ، ورَبِيعَةُ ، ومالكٌ ، والأوْزاعِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال ابنُ شُبْرُمَةَ ، والثَّوْرِىُّ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، وأصحابُ الرَّأْىِ : الشُّفْعَةُ بالشَّرِكَةِ ، ثم بالشَّرِكَةِ فى الطَّرِيقِ ، ثم بالجوارِ . قال أبو حنيفةَ : يُقَدَّمُ الشَّرِيكُ ، فإن لم يَكُنْ ، وكان الطَّرِيقُ مُشْتَرَكًا ، كالدَّرْبِ الذى لا يَنْفُذُ ، تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ لِجَمِيع أهْلِ الدَّرْبِ ؛ الأقْرَبِ فالأقْرَبِ ، فإن لم يَأْخُذُوا ، ثَبَتَتْ للمُلاصِقِ مِن دَرْبٍ آخرَ خاصَّةً . وقال العَنْبَرِىُّ ، وسَوَّارٌ : تَثْبُتُ بالشَّرِكَةِ فى المِلْكِ ، وبالشَّرِكَةِ فى الطَّرِيقِ . واحْتَجُّوا بما رَوَى أبو رافعٍ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ » . رَواه البخارىُّ ، وأبو داودَ[1] . ورَوَى الحسنُ عن سَمُرَةَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « جَارُ الدَّارِ

الإنصاف

فأمَّا المَقْسُومُ المَحْدُودُ ، فلا شُفْعَةَ لجارِه فيه . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقيل : تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ للجارِ . وحكاه القاضى يَعْقُوبُ فى « التَّبْصِرَةِ » ، وابنُ الزَّاغُونِىِّ عن قَوْمٍ مِنَ الأصحابِ رِوايَةً . قال الزَّرْكَشِىُّ : وصحَّحه ابنُ الصَّيْرَفِىِّ ، واخْتارَه الحارِثِىُّ ، فيما أظُنُّ ، وأخذ الرِّوايَةَ مِن نَصِّه فى رِوايَةِ أبى طالِبٍ ، ومُثَنَّى ، لا يحْلِفُ أنَّ الشُّفْعَةَ تُسْتَحَقُّ بالجِوارِ .

---

(1) أخرجه البخارى ، فى : باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع ، من كتاب الشفعة ، وفى : باب فى الهبة والشفعة ، من كتاب الحيل . صحيح البخارى ٣ / ١١٥ ، ٩ / ٣٥ . وأبو داود ، فى : باب فى الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٥٦ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب ذكر الشفعة وأحكامها ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٨١ ، ٢٨٢ . وابن ماجه ، فى : باب الشفعة والجوار ، من كتاب الشفعة . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٣٣ ، ٨٣٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٣٨٩ ، ٣٩٠ ، ٦ / ١٠ ، ٣٩٠ .

الشرح الكبير

أَحَقُّ بِالدَّارِ » . رَواه التِّرْمِذِيُّ[1] . وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . ورَوَى التِّرْمِذِيُّ[2] فى حَدِيثِ جابرٍ : « الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَتِه بِدَارِهِ يَنْتَظِرُ بِهِ إذَا كَانَ غَائِبًا ، إذَا كَانَ طَرِيقُهُما وَاحِدًا » . وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . ولأنَّه اتِّصَالُ[3] مِلْكٍ يَدُومُ ويَتَأَبَّدُ ، فثَبَتَتِ الشُّفْعَةُ به ، كالشَّرِكَةِ . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ ، فَإذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ ، وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ ، فَلَا شُفْعَةَ » . رواه البخاريُّ[4] . ورَوَى ابنُ جُرَيْجٍ ، عن الزُّهْرِيِّ ، عن سَعِيدِ بن المُسَيَّبِ ، أو عن أبى سَلَمَةَ ، أو عنهما ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إذَا قُسِمَتِ الأَرْضُ وَحُدَّتْ ، فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا » . رَواه أبو داودَ[5] . ولأنَّ الشُّفْعَةَ ثَبَتَتْ فى مَوْضِعِ الوِفَاقِ على خِلافِ

الإنصاف

قال الحارِثِيُّ : والعَجَبُ ممَّن يُثْبِتُ بهذا رِوايَةً عن أحمدَ . قال فى « الفائقِ » : وهو مأْخَذٌ ضعيفٌ . وقيل : تجِبُ الشُّفْعَةُ بالشَّرِكَةِ فى مَصالحِ عَقارٍ . اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وصاحِبُ « الفائقِ » . وهو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ فى رِوايَةِ أبى طالِبٍ ،

(١) فى : باب ما جاء فى الشفعة ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٢٩ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٥٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٣٨٨ ، ٥ / ٨ ، ١٢ ، ١٣ ، ١٧ ، ١٨ .

(٢) فى : باب ما جاء فى الشفعة للغائب ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١٣٠ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٥٦ . وابن ماجه ، فى : باب الشفعة والجوار ، من كتاب الشفعة. سنن ابن ماجه ٢/٨٣٣ . والدارمى ، فى : باب فى الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٧٣ .

(٣) فى م : « إيصال » .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٥٧ .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٥٧ .

الشرح الكبير

الأصْلِ لِمَعْنًى مَعْدُومٍ فى مَحَلِّ النِّزاعِ ، فلا تَثْبُتُ فيه ، وبَيانُ انْتِفاءِ المَعْنَى ، هو أنَّ الشَّرِيكَ رُبَّما دَخَل عليه شَرِيكٌ ، فيَتَأَذَّى به ، فتَدْعُوه الحاجَةُ [٥/١١٥ ظ] إلى مُقاسَمَتِه ، أو يَطْلُبُ الدَّاخِلُ المُقاسَمَةَ ، فيَدْخُلُ الضَّرَرُ على الشَّرِيكِ بنَقْصِ قِيمَةِ مِلْكِه وما يَحْتاجُ إلى إحْداثِه مِن المَرافِقِ ، وهذا لا يُوجَدُ فى المَقْسُومِ . فأمّا حَدِيثُ أبى رافِعٍ ، فليس بصَرِيحٍ فى الشُّفْعَةِ ، فإنَّ الصَّقَبَ القُرْبُ . يقال بالسِّينِ والصّادِ . قال الشاعرُ[1] :

كُوفِيَّـةٌ نـازِحٌ مَحِلَّتُهـا لا أَمَمٌ دارُها ولا صَقَبُ

الإنصاف

وقد سأَلَه عنِ الشُّفْعَةِ ؟ فقال : إذا كان طَرِيقُهما واحِدًا شُرَكاءَ ، لم يَقْتَسِمُوا ، فإذا صُرِّفَتِ الطُّرُقُ ، وعُرِفَتِ الحُدودُ ، فلا شُفْعَةَ . وهذا هو الذى اخْتارَه الحارِثِىُّ . لا كما ظَنَّه الزَّرْكَشِىُّ ، مِن أنَّه اخْتارَ الشُّفْعَةَ للجارِ مُطْلَقًا ، فإنَّ الحارِثِىَّ قال : ومِنَ النَّاسِ مَن قال بالجَوازِ ، لكِنْ بقَيْدِ الشَّرِكَةِ فى الطَّرِيقِ . وذكَر ظاهِرَ كلامِ أحمدَ المُتقَدِّمِ ، ثم قال : وهذا الصَّحيحُ الذى يَتَعَيَّنُ المَصِيرُ إليه . ثم ذكَر أدِلَّتَه ، وقال : وفى هذا المذهبِ جَمْعًا بينَ الأخْبارِ دُونَ غيرِه ، فيكونُ أَوْلَى بالصَّوابِ .

فوائد ؛ منها ، شَرِيكُ المَبِيعِ أَوْلَى مِن شَرِيكِ الطَّرِيقِ ، على القَوْلِ بالأخْذِ . قالَه الحارِثِىُّ . ومنها ، عدَمُ الفَرْقِ فى الطَّرِيقِ بينَ كَوْنِه مُشْتَرَكًا بمِلْكٍ ، أو باخْتِصاصٍ . قدَّمه الحارِثِىُّ ، وقال : ومِنَ النَّاسِ مَن قال : المُعْتَبَرُ شَرِكَةُ المِلْكِ ، لا شَرِكَةُ الاخْتِصاصِ . وهو الصَّحيحُ . ومنها ، لو بِيعَتْ دارٌ فى طَرِيقٍ ، لها دَرْبٌ فى طريقٍ لا يَنْفُذُ ، فالأَشْهَرُ تجِبُ ، إنْ كان للمُشْتَرِى طَرِيقٌ غيرُه ، أو أمْكَنَ فَتْحُ

---

(١) هو ابن قيس الرقيات ، والبيت فى ديوانه ٢ .

الشرح الكبير

فيَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ بإحْسانِ جارِه وصِلَتِه وعِيادَتِه ونحوِ ذلك . وخَبَرُنا صَحِيحٌ صَرِيحٌ ، فيُقَدَّمُ ، وبَقِيَّةُ الأحَادِيثِ فى أسَانِيدِها مَقَالٌ ، فحَدِيثُ سَمُرَةَ يَرْوِيه عنه[1] الحَسَنُ ، ولم يَسْمَعْ منه إلَّا حَدِيثَ العَقِيقَةِ . قالَه أصحابُ الحَدِيثِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : الثابِتُ عن رَسُولِ اللهِ ﷺ حَدِيثُ جابرٍ الذى رَوَيْناه ، وما عَدَاه مِن الأحَادِيثِ فيها مَقَالٌ . على أنَّه يَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ بالجارِ الشَّرِيكَ ؛ فإنَّه جارٌ أيضًا ، وتُسَمَّى الضَّرَّتانِ جارَتَيْن ؛ لاشْتِراكِهما فى الزَّوْجِ . قال حَمَلُ بنُ مالكٍ : كُنْتُ بينَ جارَتَيْن لى ، فضَرَبَتْ إحْداهُما الأُخْرَى بمِسْطَحٍ[2] فقَتَلَتْها وجَنِينَها . وهذا يُمْكِنُ فى تَأْوِيلِ حَدِيثِ أبى رافِعٍ أيضًا . إذا ثَبَت هذا ، فلا فَرْقَ بينَ كَوْنِ الطَّرِيقِ مُفْرَدَةً أو مُشْتَرَكَةً .

الإنصاف

بابَه إلى شارِعٍ . قالَه فى « الفُروعِ » . وجزَم به فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » وغيرِه . وقيل : لاشُفْعَةَ بالشَّرِكَةِ فيه فقط . ومالَ إليه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقيل : بلى . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . وإنْ كان نَصِيبُ المُشْتَرِى فوقَ حاجَتِه ، ففى الزَّائدِ وَجْهان . اخْتارَ القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وُجوبَ الشُّفْعَةِ فى الزَّائدِ . وقال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى »[3] : والصَّحيحُ ، لاشُفْعَةَ . وصَحَّحه

---

(1) فى م : « عن » .

(2) المسطح : عمود الخباء .

والحديث أخرجه أبو داود ، فى : باب دية الجنين ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢/٤٩٧ ، ٤٩٨ . وابن ماجه ، فى : باب دية الجنين ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٢/٨٨٢ . والدارمى ، فى : باب دية الجنين ، من كتاب الديات . سنن الدارمى ٢/١٩٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٣٦٤ ، ٤/٨٠ .

(3) انظر : المغنى ٧/٤٤٣ .

المقنع

وَلَا شُفْعَةَ فِيمَا لَا تَجِبُ قِسْمَتُهُ ، كَالْحَمَّامِ الصَّغِيرِ ، وَالْبِئْرِ ،

الشرح الكبير

قال أحمدُ ، فى رِوايَةِ ابنِ القاسِمِ ، فى رجلٍ له أرْضٌ تَشْرَبُ هى وأرْضُ غيرِه مِن نَهْرٍ واحدٍ : فلا شُفْعَةَ له مِن أجْلِ الشُّرْبِ ، إذا وَقَعَتِ الحُدُودُ فلا شُفْعَةَ . وقال فى رِوايَةِ أبى طالبٍ ، وعبدِ اللهِ ، ومُثَنَّى ، فى مَن لا يَرَى الشُّفْعَةَ بالجِوَارِ وقُدِّمَ إلى الحاكِمِ فأنْكَرَ : لم يَحْلِفْ ، إنَّما هو اخْتِيارٌ ، وقد اخْتَلَفَ الناسُ فيه . قال القاضى : إنَّما قال هذا ؛ لأنَّ يَمِينَ المُنْكِرِ هٰهُنا على القَطْعِ والبَتِّ ، ومسائِلُ الاجْتِهادِ مَظْنُونَةٌ ، فلا يُقْطَعُ ببُطْلانِ مَذْهَبِ المُخالِفِ . ويُمْكِنُ أن يُحْمَلَ كَلامُ أحمدَ هٰهُنا على الوَرَعِ لا على التَّحْرِيمِ ؛ لأنَّه لم[1] يَحْكُمْ ببُطْلانِ مَذْهَبِ المُخالِفِ . ويجوزُ للمُشْتَرِى الامْتِناعُ به مِن تَسْلِيمِ المَبِيعِ ، فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى .

فصل : (ولا) تَثْبُتُ (الشُّفْعَةُ فيما لا تَجِبُ قِسْمَتُه ؛ كالحَمَّامِ

الإنصاف

الشَّارِحُ . وأطْلَقَهما الحارِثِىُّ فى « شَرْحِه » ، و « الفُروعِ » . وكذا دِهْلِيزُ الجارِ ، وصَحْنُ دارِه . قالَه فى « الفُروعِ » ، والحارِثِىُّ ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . ومنها ، لا شُفْعَةَ بالشَّرِكَةِ فى الشِّرْبِ مُطْلَقًا ؛ وهو النَّهْرُ ، أوِ البِئْرُ ، يَسْقِى أرْضَ هذا وأرْضَ هذا ، فإذا باعَ أحدُهما أرْضَه ، فليس للآخَرِ الأخْذُ بحَقِّه مِنَ الشِّرْبِ . قالَه الحارِثِىُّ وغيرُه . ونصَّ عليه .

قوله : ولا شُفْعَةَ فيما لا تجبُ قِسْمَتُه ؛ كالحَمَّامِ الصَّغيرِ ، والبِئْرِ ، والطُّرُقِ ، والعِراصِ الضَّيِّقَةِ ، ولا ما ليس بعَقارٍ ؛ كالشَّجَرِ ، والحَيَوانِ ، والبِناءِ المُفْرَدِ —

(١) زيادة من : م .

المقنع وَالطُّرُقِ ، وَالْعِرَاصِ الضَّيِّقَةِ ، ....

الشرح الكبير الصَّغِيرِ ، والبِئْرِ ، والطُّرُقِ) الضَّيِّقَةِ ، والرَّحَى الصَّغِيرَةِ ، والعِضَادَةِ[1] (والعِرَاصِ الضَّيِّقَةِ) فى إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ عن أحمدَ . وبه قال يحيى الأنْصارِىُّ ، وسعيدٌ ، ورَبِيعَةُ ، والشافعىُّ . والثانيةُ ، فيها الشُّفْعَةُ . وهو قولُ [١١٦/٥ و] أبى حنيفةَ ، والثَّوْرِىِّ ، وابنِ سُرَيْجٍ[2] . وعن مالكٍ كالرِّوَايَتَيْن ؛ لقولِه ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ » . وسائِرِ النُّصُوصِ العامَّةِ ، ولأنَّ الشُّفْعَةَ تَثْبُتُ لإزالةِ ضَرَرِ المُشارَكَةِ ، والضَّرَرُ فى هذا النَّوْعِ أكْثَرُ ؛ لأنَّه يتَأبَّدُ ضَرَرُه . والأوَّلُ ظاهِرُ المَذْهَبِ ؛ لِما رُوِىَ عن النبىِّ

الإنصاف وكالجَوْهَرَةِ ، والسَّيْفِ ، ونحوِهما – فى إحْدَى الرِّوايتَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ؛ إحْداهما ، لا شُفْعَةَ فيه . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : هذا ظاهِرُ المذهبِ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : أظْهَرُهما، لا شُفْعَةَ فيه . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الفُروعِ » [٢٠٦/٢ظ] و « الفائقِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : لا شُفْعَةَ فيه ، فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهما . وقدَّمه فى « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، وغيرِهم . والرِّوايَةُ الثَّانيةُ ، فيه الشُّفْعَةُ . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ ، وأبو محمدٍ الجَوْزِىُّ ، والشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ . قال الحارِثِىُّ : وهو الحقُّ . وعنه ، تجِبُ فى كلِّ مالٍ ، حاشا

(١) عضادتا الباب : خشبتان منصوبتان مثبتتان فى الحائط على جانبيه .

(٢) فى م : « شريح » .

الشرح الكبير

ﷺ أنَّه قال : « لَا شُفْعَةَ فِي فِناءٍ وَلَا طَرِيقٍ وَلَا مَنْقَبَةٍ »[1] . والمَنْقَبَةُ : الطَّرِيقُ الضَّيِّقُ . رَواه أبو الخَطَّابِ فى « رُءُوسِ المَسائِلِ » . ورُوِىَ عن عثمانَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : لا شُفْعَةَ فى بِئْرٍ ولا فَحْلٍ . ولأنَّ إثْباتَ الشُّفْعَةِ فى هذا يَضُرُّ بالبائعِ ؛ لأنه لا يُمْكِنُه أن يَتَخَلَّصَ مِن إثْباتِ الشُّفْعَةِ فى نَصِيبِه بالقِسْمَةِ ، وقد يَمْتَنِعُ المُشْتَرِى لأجْلِ الشَّفِيعِ ، فيَتَضَرَّرُ البائِعُ ، وقد يَمْتَنِعُ البَيْعُ فتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ ، فيُؤَدِّى إثْباتُها إلى نَفْيِها . ويُمْكِنُ أن يُقالَ : إنَّ الشُّفْعَةَ إنَّما تَثْبُتُ لدَفْعِ الضَّرَرِ الذى يَلْحَقُه بالمُقاسَمَةِ ؛ لِما يَحْتاجُ إليه مِن إحْداثِ المَرافِقِ الخاصَّةِ ، ولا يُوجَدُ هذا فيما لا يَنْقَسِمُ . قولُهم : إنَّ الضَّرَرَ هٰهُنا أكْثَرُ لتَأبُّدِه . قُلْنا : إلَّا أنَّ الضَّرَرَ فى مَحَلِّ الوِفاقِ

الإنصاف

مَنْقُولًا لا[2] يَنقَسِمُ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وقيل : تجبُ فى زَرْعٍ وثَمَرٍ مُفْرَدٍ . فعلى المذهبِ ، يُؤْخَذُ البِناءُ والغِراسُ تبَعًا للأَرْضِ ، كما تقدَّم . قال المُصَنِّفُ : قال الحارِثِىُّ : لا خِلافَ فيهما على كِلْتا الرِّوايتَيْن . زادَ فى « الرِّعايَةِ » ، ممَّا يدْخُلُ تبَعًا ؛ النَّهْرُ ، والبِئْرُ ، والقَناةُ ، والرَّحَى ، والدُّولابُ .

فائدة : المُرادُ بما ينْقَسِمُ ، ما تجبُ قِسْمَتُه إجْبارًا ، وفيه رِوايَتان ؛ إحْداهما ، ما يُنْتَفَعُ به مَقْسُومًا منْفَعَتَه التى كانتْ ، ولو على تَضايُقٍ ، كجَعْلِ البَيْتِ بَيْتَيْن . قال فى « التَّلْخيصِ » : وهو الأَظْهَرُ . [3]قال الخِرَقِىُّ : ويَنْتَفِعان به مَقْسُومًا[3] .

---

(١) أخرجه بنحوه عبد الرزاق ، فى : باب هل فى الحيوان أو البئر أو النخل أو الدين شفعة ، من كتاب البيوع . المصنف ٨ / ٧٨ .

(٢) سقط من : الأصل ، ط .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

مِن غيرِ جِنْسِ هذا الضَّرَرِ ، وهو ضَرَرُ الحاجَةِ إلى إحْداثِ المَرافِقِ الخاصَّةِ ، فلا يُمْكِنُ التَّعْدِيَةُ ، وفى الشُّفْعَةِ هـٰهُنا ضَرَرٌ غيرُ مَوْجودٍ فى مَحَلِّ الوِفاقِ ، وهو ما ذَكَرْناه ، فتَعَذَّرَ الإِلْحاقُ . فأمّا ما أمْكَنَ قِسْمَتُه مِمّا ذَكَرْنا ، كالحَمّامِ الكَبِيرِ الواسِعِ بحيثُ إذا قُسِمَ لا يُسْتَضَرُّ بالقِسْمَةِ وأمْكَنَ الانْتِفاعُ به حَمّامًا ، فإنَّ الشُّفْعَةَ تَجِبُ فيه . وكذلك البِئْرُ والدُّورُ والعَضائِدُ متى أمْكَنَ أن يَحْصُلَ مِن ذلك شَيئانِ ، كالبِئْرِ تُقْسَمُ بِئْرَيْنِ يَرْتَقِى الماءُ منهما[1] وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ أيضًا ؛ لأنَّه يُمْكِنُ القِسْمَةُ . وهكذا الرَّحَى إن كان لها حِصْنٌ يُمْكِنُ قِسْمَتُه ، بحيثُ يَحْصُلُ الحَجَرانِ فى أحَدِ القِسْمَيْنِ ، أو كان فيها أرْبَعَةُ أحْجارٍ دائِرَةٌ يُمْكِنُ أن يُفْرَدَ كلُّ واحِدٍ منهما بحَجَرَيْن ،

الإنصاف

قال الحارِثِىُّ : وإيرادُ المُصَنِّفِ هنا يقْتَضِى التَّعْويلَ على هذه الرِّوايَةِ ، دُونَ ما عَداها ؛ لأنَّه مثَّل ما لا تَجِبُ قِسْمَتُه بالحَمّامِ والبِئْرِ الصَّغِيرَيْن ، والطُّرُقِ والعِراصِ الضَّيِّقَةِ . وكذلك أبو الخَطَّابِ فى « كِتابِه » . انتهى . قال الحارِثِىُّ : وهو أشْهَرُ عن أحمدَ وأصحُّ . وجزَم به فى « العُمْدَةِ » ، فى بابِ القِسْمَةِ . قال فى « التَّلْخِيصِ » : ويحْتَمِلُ أنْ يكونَ أىَّ مَنْفَعَةٍ كانتْ ، [2]ولو كانتْ[2] بالسُّكْنَى . وهو ظاهِرُ إطْلاقِه فى « المُجَرَّدِ » . انتهى . والرِّوايَةُ الثَّانيةُ ، ما ذكَرْنا ، وأنْ لا تنْقُصَ القِيمَةُ بالقِسْمَةِ نَقْصًا بَيِّنًا . نقَلَه المَيْمُونِىُّ . واعْتِبارُ النَّقْصِ ، هو ما مال إليه المُصَنِّفُ ، وأبو الخَطَّابِ ، فى بابِ القِسْمَةِ ، وأطْلَقَهما فى « شَرْحِ الحارِثِىِّ » . ويأْتِى ذلك فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى بابِ القِسْمَةِ بأتَمَّ مِن هذا مُحَرَّرًا .

---

(١) فى م : « منهم » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ . وإن لم (١يُمكنْ ذلك ، بأن١) يَحْصُلَ لكلِّ واحِدٍ منهما ما لا يَتَمَكَّنُ به مِن إبْقائِها رَحًى ، لم تَجِبِ الشُّفْعَةُ . فأمّا الطَّرِيقُ ، فإنّ الدّارَ إذا بِيعَتْ ولها طَرِيقٌ فى شارعٍ أو دَرْبٍ نافِذٍ ، فلا شُفْعَةَ فى الدّارِ ولا فى الطَّرِيقِ ؛ لأنَّه لا شَرِكَةَ لأحَدٍ فى ذلك . وإن كان الطَّرِيقُ فى دَرْبٍ غيرِ نافذٍ ولا طَرِيقَ للدّارِ سِوَى ذلك الطَّرِيقِ ، فلا شُفْعَةَ أيضًا ؛ لأنَّ إثْباتَ ذلك يَضُرُّ بالمُشْتَرِى ؛ لأنَّ الدّارَ تَبْقَى بلا طَرِيقٍ . [٥/١١٦ ظ] وإن كان للدَّرْبِ بابٌ آخَرُ يُسْتَطْرَقُ منه ، أو كان لها مَوْضِعٌ يُفْتَحُ منه بابٌ لها إلى الطَّرِيقِ النّافِذِ ، نَظَرْنا فى الطَّرِيقِ المَبِيعِ مع الدّارِ ، فإن كان مَمَرًّا لا تُمْكِنُ قِسْمَتُه فلا شُفْعَةَ فيه ، وإن كان يُمْكِنُ قِسْمَتُه وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ فيه ؛ لأنَّه أرضٌ مُشْتَرَكَةٌ تَحْتَمِلُ القِسْمَةَ ، فوَجَبَتْ فيها الشُّفْعَةُ ، كغيرِ الطَّرِيقِ ، ويَحْتَمِلُ أن لا تَجِبَ الشُّفْعَةُ فيها بحالٍ ؛ لأنَّ الضَّرَرَ يَلْحَقُ المُشْتَرِىَ بتَحْوِيلِ الطَّرِيقِ إلى مَكانٍ آخَرَ ، مع ما فى الأخْذِ بالشُّفْعَةِ مِن تَفْرِيقِ صَفْقَتِه وأخْذِ بعضِ المَبِيعِ مِن العَقارِ دُونَ بعضٍ ، فلم يَجُزْ ، كما لو كان الشَّرِيكُ فى الطَّرِيقِ شَرِيكًا فى الدّارِ فأرادَ أخْذَ الطَّرِيقِ وَحْدَها . والقولُ فى دِهْلِيزِ الدّارِ وصَحْنِه ، كالقَوْلِ فى الطَّرِيقِ المَمْلُوكِ . وإن كان نَصِيبُ المُشْتَرِى مِن الطَّرِيقِ أكْثَرَ مِن حاجَتِه ، فذَكَرَ القاضِى أنَّ الشُّفْعَةَ تَجِبُ فى الزّائِدِ بكلِّ حالٍ ؛ لوُجُودِ المُقْتَضِى وعَدَمِ المانِعِ . والصَّحِيحُ أنَّه لا شُفْعَةَ فيه ؛ لأنَّ فى ثُبُوتِها تَبْعِيضَ صَفْقَةِ المُشْتَرِى ، ولا يَخْلُو مِن الضَّرَرِ .

الإنصاف ....

(١ - ١) فى م : « يكن إلا أن » .

المقنع وَمَا لَيْسَ بِعَقَارٍ ؛ كَالشَّجَرِ ، وَالْحَيَوَانِ ، وَالْبِنَاءِ الْمُفْرَدِ ، فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . إِلَّا أَنَّ الْبِنَاءَ وَالْغِرَاسَ يُؤْخَذُ تَبَعًا لِلْأَرْضِ ، وَلَا تُؤْخَذُ الثَّمَرَةُ وَالزَّرْعُ تَبَعًا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير **٢٣٨٩** - مسألة : (و) لا تَجِبُ فيما (ليس بعَقَارٍ ؛ كالشَّجَرِ ، والحَيَوانِ ، والبِنَاءِ المُفْرَدِ ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن . إلَّا أنَّ الغِراسَ والبِناءَ يُؤْخَذُ تَبعًا للأرْضِ ، ولا يُؤْخَذُ الزَّرْعُ والثَّمَرَةُ تبعًا ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ مِن شُرُوطِ وُجُوبِ الشُّفْعَةِ ، أن يكونَ المَبِيعُ أرْضًا ؛ لأنها التى تَبْقَى على الدَّوامِ ويَدُومُ ضَرَرُها ، وغيرُها يَنْقَسِمُ قِسْمَيْن ؛ أحدُهما ، تَثْبُتُ فيه الشُّفْعَةُ تَبَعًا للأرْضِ ، وهو البِناءُ والغِراسُ يُباعُ مع الأرْضِ ، فإنَّه يُؤْخَذُ بالشُّفْعَةِ تبَعًا ، بغيرِ خِلافٍ فى المَذْهَبِ ، ولا نَعْرِفُ فيه بينَ مَن أثْبَتَ الشُّفْعَةَ خِلافًا . وقد دَلَّ عليه قولُ النبيِّ ﷺ ، وقَضاؤُه

الإنصاف قوله : ولا تُؤْخَذُ الثَّمَرَةُ والزَّرْعُ تَبَعًا ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن . وهو المذهبُ ، اخْتارَه القاضى ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . قال الحارِثِىُّ : وهو قَوْلُ أبِى الخَطَّابِ فى « رُءوسِ المَسائلِ » ، وابنِ عَقِيلٍ ، والشَّرِيفِ أبِى جَعْفَرٍ فى آخَرِين . انتهى . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الكافِى » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفُروعِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، تُؤْخَذُ تبَعًا ؛ كالبِناءِ ، والغِراسِ . وهو احْتِمالٌ فى « الهِدايَةِ » . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » : وقال أبو الخَطَّابِ : تُؤْخَذُ الثِّمارُ . وعليه يُخَرَّجُ الزَّرْعُ . قال الحارِثِىُّ : واخْتارَه القاضى قديمًا فى « رُءوسِ المَسائلِ » . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ،

الشرح الكبير

بالشُّفْعَةِ فى كلِّ شِرْكٍ لم يُقْسَمْ ، رَبْعَةٍ أو حائِطٍ[1] . وهذا يَدْخُلُ فيه البِناءُ والأشْجارُ . القسمُ الثانى ، ما لا تَثْبُتُ فيه الشُّفْعَةُ تبَعًا ولا مُفْرَدًا ، وهو الزَّرْعُ والثَّمَرَةُ الظاهِرَةُ ، ويُباعُ مع الأرْضِ ، فلا يُؤْخَذُ بالشُّفْعَةِ مع الأصْلِ . وهو قولُ الشافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ : يُؤْخَذُ بالشُّفْعَةِ مع أُصُولِه . وقد ذَكَر أصحابُنا وَجْهًا مثلَ قَوْلِهما ؛ لأنَّه مُتَّصِلٌ بما فيه الشُّفْعَةُ ، فثَبَتَتْ فيه [٥/١١٧ و] الشُّفْعَةُ تبَعًا ، كالبِناءِ والغِرَاسِ . ولَنا ، أنَّه لا يَدْخُلُ فى البَيْعِ تبَعًا ، فلا يُؤْخَذُ بالشُّفْعَةِ ، كقُماشِ الدّارِ ، وعَكْسُه البِناءُ والغِرَاسُ ، يُحقِّقُ ذلك أنَّ الشُّفْعَةَ بَيْعٌ فى الحَقِيقَةِ ، لكنَّ الشّارِعَ جَعَل له سُلْطانَ الأخْذِ بغيرِ رِضَا المُشْتَرِى . فإنْ بِيعَ الشَّجَرُ وفيه ثَمَرةٌ غيرُ ظاهِرَةٍ ، كالطَّلْعِ غيرِ المُؤَبَّرِ ، دَخَل فى الشُّفْعَةِ ؛ لأنَّها تَتْبَعُ فى البَيْعِ ، فأشْبَهَتِ الغِراسَ فى الأرْضِ . فإن بِيعَ ذلك مُفْرَدًا ، فلا شُفْعَةَ فيه ، سَواءٌ

الإنصاف

و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الفائقِ » . وظاهِرُ « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، الإطْلاقُ . وأكْثَرُهم إنَّما حكَى الاحْتِمالَ ، أو الوَجْهَ ، فى الثَّمَرِ ، وخرَج منه إلى الزَّرْعِ . وقيَّد المُصَنِّفُ الثَّمَرَةَ بالظَّاهِرَةِ ، وأنَّ غيرَ الظَّاهِرَةِ تدْخُلُ تبَعًا ، مع أنَّه قال فى « المُغْنِى »[2] : إنِ اشْتَرَاه وفيه طَلْعٌ لم يُؤَبَّرْ ، فأبَّرَه ، لم يأْخُذِ الثَّمَرَةَ ، وإنَّما يأْخُذُ الأرْضَ والنَّخْلَ بحِصَّتِه ، كما فى شِقْصٍ وسَيْفٍ . وكذا ذكَر غيرُه ، إذا لم يدْخُلْ ، فإنَّه يأْخُذُ الأصْلَ بحِصَّتِه .

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٥٧ .

(٢) انظر : المغنى ٧/٤٤٠ .

الشرح الكبير

كان مِمّا يُنْقَلُ ؛ كالحَيوانِ ، والثِّيابِ[1] ، والسُّفُنِ ، والحِجارَةِ ، والزَّرْعِ ، والثِّمارِ ، أو لا يُنْقَلُ ؛ كالبِناءِ ، والغِراسِ ، إذا بِيعَ مُفْرَدًا . وبهذا قال الشافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . ورُوِىَ عن الحَسَنِ ، والثَّوْرِىِّ ، والأوْزاعِىِّ ، والعَنْبَرِىِّ ، وقَتادَةَ ، ورَبِيعَةَ ، وإسحاقَ : لا شُفْعَةَ فى المَنْقُولاتِ . واخْتُلِفَ فيه عن عَطَاءٍ ، ومالكٍ ، فقالا مَرَّةً كذلك ، ومَرَّةً قالا : الشُّفْعَةُ فى كلِّ شىءٍ حتى فى الثَّوْبِ . قال ابنُ أبى مُوسَى : وقد رُوِىَ عن أبى عبدِ اللهِ رِوايَةٌ أُخرَى ، أنَّ الشُّفْعَةَ واجِبَةٌ فيما لا يَنْقَسِمُ ؛ كالحَجَرِ ، والسَّيْفِ ، والحَيَوانِ ، وما فى مَعْنَى ذلك . قال أبو الخَطّابِ : وعن أحمدَ ، أنَّ الشُّفْعَةَ تَجِبُ فى البِناءِ ، والغِرَاسِ ، وإنْ بِيعَ مُفْرَدًا . وهو قولُ مالكٍ ؛ لعُمُومِ قولِه عليه السلامُ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ » . ولأنَّ الشُّفْعَةَ وَجبَتْ لدَفْعِ الضَّرَرِ ، والضَّرَرُ فيما لا يَنْقَسِمُ أبْلَغُ منه فيما يَنْقَسِمُ . وقد رَوَى ابنُ أبى مُلَيْكَةَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « الشُّفْعَةُ فِى كُلِّ شَىءٍ »[2] .

الإنصاف

فائدة : لو كان السُّفْلُ لشَخصٍ ، والعُلْوُ مُشْتَرَكًا ، والسَّقْفُ مُخْتَصًّا بصاحِبِ السُّفْلِ ، أو مُشْتَرَكًا بينَه وبينَ أصحابِ العُلْوِ ، فلا شُفْعَةَ فى السَّقْفِ ؛ لأنَّه لا أرْضَ له ، فهو كالأَبْنِيَةِ المُفْرَدَةِ . وإنْ كان السَّقْفُ لأصحابِ العُلْوِ ، ففيه الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّ قَرارَه كالأرْضِ . قدَّمه فى « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفائقِ » . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه لا شُفْعَةَ فيه ؛ لأنَّه غيرُ مالِكٍ للسُّفْلِ ، وإنَّما

---

(١) فى الأصل : « النبات » .

(٢) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء أن الشريك شفيع ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٣٤ .

الشرح الكبير

ولَنا ، أنَّ قولَ النبيِّ ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ ، وَصُرِّفَتِ الطُّرُقُ ، فَلَا شُفْعَةَ » . لا يتَنَاوَلُ إلَّا ما ذَكَرْناه ، وإنَّما أرادَ ما لا يَنْقَسِمُ مِن الأرْضِ ؛ لقَوْلِه : « فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وصُرِّفَتِ الطُّرُقُ » . ولأنَّ هذا مِمّا لا يَتَباقَى ضَرَرُه على الدَّوامِ ، فلم تَجِبْ فيه الشُّفْعَةُ ، كصُبْرَةِ الطَّعامِ . وحَديثُ ابنِ أبى مُلَيْكَةَ مُرْسَلٌ ، ولم يُرْوَ فى الكُتُبِ المَوْثُوقِ بها . والحُكْمُ فى الغِرَافِ[1] والدُّولابِ والنّاعُورَةِ ، كالحُكْمِ فى البِناءِ . فأمّا إن بِيعَتِ الشَّجَرَةُ مع قَرارِها مِن الأرْضِ ، مُفْرَدَةً عمّا يَتَخَلَّلُها مِن الأرْضِ ، فحُكْمُها حُكْمُ ما لا يَنْقَسِمُ مِن العَقارِ ، فيه مِن الخِلافِ ما ذَكَرْناه ؛ لأنَّه مِمّا لا يَنْقَسِمُ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَجِبَ الشُّفْعَةُ فيها بحالٍ ؛ لأنَّ القَرارَ تابعٌ لها ، فإذا لم تَجِبِ الشُّفْعَةُ فيها مُفْرَدَةً لم تَجِبْ [٥/١١٧ظ] فى تَبَعِها . وإن بِيعَتْ حِصَّةٌ مِن عُلْوِ دارٍ مُشْتَرَكٍ ، وكان السَّقْفُ الذى تحتَه لصاحِبِ السُّفْلِ ، فلا شُفْعَةَ فى العُلْوِ ؛ لأنَّه بِناءٌ مُفْرَدٌ ، وإن كان لصاحِبِ العُلْوِ ، فكذلك ؛ لأنَّه بِنَاءٌ مُفْرَدٌ ؛ لكَوْنِه لا أرْضَ له ، فهو كما لو لم يَكُنِ السَّقْفُ له . ويَحْتَمِلُ ثُبُوتُ الشُّفْعَةِ فيه ؛ لأنَّ له قَرارًا ، أشْبَهَ السُّفْلَ .

الإنصاف

له عليه حقٌّ ، فأشْبَهَ مُسْتَأْجِرَ الأرْضِ . خرَّجه بعضُ الأصحابِ . قالَه فى « التَّلْخيصِ » ، وقال : فاوَضْتُ فيها بعضَ أصحابِنا ، وتَقرَّرَ حُكْمُها بينِى وبينَه على مابَيَّنْتُ . وهذا الوَجْهُ قدَّمه فى « المُغْنِى » ، فقال[2] : وإنْ بِيعَتْ حِصَّةٌ مِن

---

(١) الغراف : ما يغرف به .

(٢) انظر : المغنى ٧/٤٤١ .

المقنع

فَصْلٌ : الثَّالِثُ ، الْمُطَالَبَةُ بِهَا عَلَى الْفَوْرِ سَاعَةَ يَعْلَمُ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ طَلَبُهَا فِي الْمَجْلِسِ وَإِنْ طَالَ [١٤٣و] فَإِنْ أَخَّرَهُ ، سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ .

الشرح الكبير

فصل : الشَّرْطُ (الثالثُ ، المُطالَبَةُ بها على الفَوْرِ ساعةَ يَعْلَمُ . نَصَّ عليه . وقال القاضى : له طَلَبُها فى المَجْلِسِ وإن طالَ ، فإن أخَّرَ الطَّلَبَ ، سَقَطَتْ شُفْعَتُه) ظاهِرُ المَذْهَبِ ، أنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ على الفَوْرِ إن طالَبَ بها ساعةَ يَعْلَمُ بالبَيْعِ ، وإلَّا بَطَلَتْ . نصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوايَةِ أبى طالِبٍ ،

الإنصاف

عُلْوِ دارٍ مُشْتَرَكٍ ، نظَرْتَ ؛ فإنْ كان السَّقْفُ الذى تحتَه لصاحِبِ السُّفْلِ ، فلا شُفْعَةَ فى العُلْوِ ؛ لأنَّه بِناءٌ مُنْفَرِدٌ ، وإنْ كان لصاحِبِ العُلْوِ ، فكذلك ؛ لأنَّه بِناءٌ مُنْفَرِدٌ ، لكَوْنِه لا أرْضَ له ، فهو كما لو لم يكُنِ السَّقْفُ له . ويَحْتَمِلُ ثُبوتَ الشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ له قَرارًا ، فهو كالسُّفْلِ . انتهى . وقدَّمه أيضًا الشَّارِحُ ، وابنُ رَزِينٍ . وأطْلَقَهما فى « شَرْحِ الحارِثِىِّ » . ولو باعَ حِصَّتَه مِن عُلْوٍ مُشْتَرَكٍ على سَقْفٍ لمالِكِ السُّفْلِ ، فقال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، وغيرِهم : لا شُفْعَةَ لشَريكِ العُلْوِ ؛ لانْفِرادِ البِناءِ . واقْتَصَرَ عليه الحارِثِىُّ . وإنْ كان السَّقْفُ مُشْتَرَكًا بينَه وبينَ أصحابِ العُلْوِ ، فكذلك . قالَه فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه . وإنْ كان السُّفْلُ مُشْتَرَكًا ، والعُلْوُ خالِصًا لأحَدِ الشَّرِيكَيْن ، فباعَ العُلْوَ ونَصِيبَه مِنَ السُّفْلِ ، فللشَّرِيكِ الشُّفْعَةُ فى السُّفْلِ ، لا فى العُلْوِ ؛ لعدَمِ الشَّرِكَةِ فيه .

قوله : الثَّالِثُ ، المطالَبَةُ بها على الفَوْرِ . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ [٢٠٧/٢و] الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم ، ونصَّ عليه . بل هو المَشْهورُ عنه . وعنه ، أنَّها على التَّراخِى ما لم يَرْضَ ، كخِيارِ العَيْبِ . اخْتارَه القاضى يَعْقُوبُ ،

الشرح الكبير

فقال : الشُّفْعَةُ بالمُواثَبَةِ ساعةَ يَعْلَمُ . وهو قولُ ابْنِ شُبْرُمَةَ ، والبَتِّيِّ ، والأَوْزاعِيِّ ، وأبى حنيفةَ ، والعَنْبَرِيِّ ، والشافعيِّ فى جَدِيدِ قَوْلِه . وعن أحمدَ ، روايَةٌ ثانيةٌ ، أنَّ الشُّفْعَةَ على التَّراخِي ، لا تَسْقُطُ ما لم يُوجَدْ منه ما يَدُلُّ على الرِّضا مِن عَفْوٍ أو مُطالَبَةٍ بقِسْمَةٍ ونحوِه . وهو قولُ مالكٍ ، وقولُ الشافعيِّ ، إلَّا أنَّ مالِكًا قال : تَنْقَطِعُ بمُضِيِّ سَنَةٍ . وعنه ، بمُضِي مُدَّةٍ يُعْلَمُ أنَّه تارِكٌ لها ؛ لأنَّ هذا الخِيارَ لا ضَرَرَ فى تَراخِيه ، فلم يَسْقُطْ بالتَّأْخِيرِ ، كحَقِّ القِصَاصِ . و بَيانُ عَدَمِ الضَّرَرِ ، أنَّ النَّفْعَ للمُشْتَرِى باسْتِغْلالِ المَبيعِ . فإن أحْدَثَ فيه عِمارةً مِن بِناءٍ أو غِراسٍ ، فله قِيمَتُه . وحُكِيَ عن ابنِ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِيِّ ، أنَّ الخِيارَ مُقَدَّرٌ بثَلاثَةِ أيامٍ . وهو أحَدُ أقْوالِ الشافعيِّ ؛ لأنَّ الثلاثَ حُدَّ بها خِيارُ الشَّرْطِ ، فصَلَحَتْ حَدًّا لهذا الخِيَارِ . ولَنا ، ما روَى ابنُ البَيْلَمانِيِّ[1] عن أبيه عن عُمَرَ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « الشُّفْعَةُ كَحَلِّ العِقَالِ » . رَواه ابنُ ماجه[2] . وفى لَفْظٍ : « الشُّفْعَةُ كَنَشْطَةِ العِقَالِ ، إنْ قُيِّدَتْ ثَبَتَتْ ، وَإنْ تُرِكَتْ فَاللَّوْمُ

الإنصاف

قالَه الحارِثِيُّ وغيرُه . قال الحارِثِيُّ وغيرُه : وحكَى جماعَةٌ ، وعَدَّهم ، رِوايَةً بثُبوتِها على التَّراخِي ، لا تسْقُطُ ما لم يُوجَدْ منه ما يدُلُّ على الرِّضَا أو دَلِيلِه ؛ كالمُطالَبَةِ بقِسْمَةٍ ، أو بَيْعٍ ، أو هِبَةٍ ، نحوَ : بِعْنِيه . أو : هَبْه لى . أو :قاسِمْنِى . أو : بِعْه لفُلانٍ . أو : هَبْه له . انتهى . والتَّفْريعُ على الأوَّلِ .

---

(١) فى م : « السلمانى » .

(٢) فى : باب طلب الشفعة ، من كتاب الشفعة . سنن ابن ماجه ٨٣٥/٢ . كما أخرجه البيهقى ، فى : باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء فى مسائل الشفعة . من كتاب الشفعة . السنن الكبرى ١٠٨/٦ .

الشرح الكبير

عَلَى مَن تَرَكَهَا » . ورُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنّه قال : « الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَها » . رَواه الفُقهاءُ فى كُتُبِهم[1] . ولأنّه خِيارٌ لدَفْعِ الضَّرَرِ عن المالِ ، فكان على الفَوْرِ ، كخِيارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ ، [2]ولأنَّ[2] إثْباتَه على التَّراخِى يَضُرُّ المُشْتَرِىَ ؛ لكَوْنِه لا يَسْتَقِرُّ مِلْكُه على المَبِيعِ ، ويَمْنَعُه مِن التَّصرُّفِ بعِمارَةٍ خَشْيَةَ أخْذِه منه ، ولا يَنْدَفِعُ عنه الضَّرَرُ بدَفْعِ قِيمَتِه ؛ لأنَّ خَسارَتَها فى الغالِبِ أكْثَرُ مِن قِيمَتِها [١١٨/٥ و] مع تَعَبِ قَلْبِه وبَدَنِه فيها . والتَّحْدِيدُ بثَلاثَةِ أيامٍ تَحَكُّمٌ لا دَلِيلَ عليه ، والأصْلُ المَقِيسُ عليه مَمْنُوعٌ ، ثم هو باطِلٌ بخِيارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . إذا تَقَرَّرَ هذا ، فقال ابنُ حامِدٍ : يتَقدَّرُ الخِيارُ بالمَجْلِسِ . وهو قولُ القاضِى . وبه قال أبو حنيفةَ . فمتَى طالَبَ فى مَجْلِسِ العِلْمِ ، ثَبَتتِ الشُّفْعَةُ ، وإن طالَ ؛ لأنَّ المَجْلِسَ كلَّه

الإنصاف

قوله : ساعَةَ يعْلَمُ . نصَّ عليه . هذا المذهبُ . أعْنِى ، أنَّ المُطالَبَةَ على الفَوْرِ ساعَةَ يعْلَمُ . نصَّ عليه ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . جزَم به ابنُ البَنَّا فى « خِصالِه » ، و « العُمْدَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأزَجِىِّ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى »، و « الهادِى »، و « التَّلْخيصِ »، و « المُحَرَّرِ »، و « الشَّرْحِ »، و « الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الحارِثِىِّ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » ، وغيرِهم . نقَل ابنُ

---

(١) ذكره الحافظ ابن حجر ، فى : كتاب الشفعة . تلخيص الحبير ٣ / ٥٦ ، ٥٧ . وأخرجه عبد الرزاق من قول شريح ، فى : باب الشفيع يأذن قبل البيع ... ، من كتاب البيوع . المصنف ٨ / ٨٣ .

(٢ - ٢) فى م : « لأن » .

الشرح الكبير

فى حُكْمِ حالَةِ العَقْدِ ، بدَلِيلِ أنَّ القَبْضَ فيه لِما يُشْتَرَطُ فيه القَبْضُ ، كالقَبْضِ حالَةَ العَقْدِ . وظاهِرُ كَلامِ أحمدَ ، أنَّه لا يَتَقَدَّرُ بالمَجْلِسِ ، بل متى طالَبَ عَقِيبَ عِلْمِه ، وإلَّا بَطَلَتْ شُفْعَتُه . وهو ظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِىِّ ، وقولُ الشافعىِّ فى الجَدِيدِ ؛ لِما ذَكَرْنا مِن الخَبَرِ والمَعْنَى . وما ذَكَرُوه يَبْطُلُ بخيارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . فعلى هذا ، متى أخَّرَ المُطالَبَةَ عن وَقْتِ العِلْمِ لغيرِ عُذْرٍ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه ، وإن أخَّرَها لعُذْرٍ ؛ مثلَ أن لا يَعْلَمْ ، أو يَعْلَمَ لَيْلًا فيُؤَخِّرَ إلى الصُّبْحِ ، أو لشِدَّةِ جُوعٍ أو عَطَشٍ حتى يَأْكُلَ ويَشْرَبَ ، أو أخَّرَها لطَهارَةٍ أو إغْلاقِ بابٍ ، أو ليَخْرُجَ مِن الحَمَّامِ ، أو ليُؤَذِّنَ ويُقِيمَ ويَأْتِىَ بالصلاةِ وسُنَّتِها ، أو ليَشْهَدَها فى جَماعَةٍ يَخافُ فَوْتَها ، لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ العادَةَ تَقْدِيمُ هذه الحَوائِجِ على غيرِها ، فلا يكونُ الاشْتِغالُ بها رِضًا بتَرْكِ الشُّفْعَةِ ، إلَّا أن يكونَ المُشْتَرِى حاضِرًا عندَه فى هذه الأحْوالِ ، فيُمْكِنَه مُطالَبَتُه مِن غيرِ اشْتِغالِه عن أشْغالِه ، فإنَّ شُفْعَتَه تَبْطُلُ بتَرْكِه المُطالَبَةَ ؛ لأنَّ هذا لا يَشْغَلُه عنها ، ولا تَشْغَلُه المُطالَبَةُ عنه . فأمّا مع غَيْبَتِه فلا ؛ فإنَّ العادَةَ تَقْدِيمُ هذه الأشْياءِ ، فلم يَلْزَمْه تَأْخِيرُها ، كما

الإنصاف

مَنْصُورٍ ، لابُدَّ مِن طَلَبِها حينَ يسْمَعُ ؛ حتى يُعْلَمَ طَلَبُه ، ثم له أنْ يُخاصِمَ ولو بعدَ أيَّامٍ . قالَه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقال القاضى : له طَلَبُها فى المَجْلِسِ ، وإنْ طالَ . وهو رِوايَةٌ عن أحمدَ ، واخْتارَها ابنُ حامِدٍ أيضًا ، وأكثرُ أصحابِ القاضى ؛ منهم الشَّرِيفان ؛ أبو جَعْفَرٍ ، والزَّيْدِىُّ ، وأبو الخَطَّابِ فى « رُءوسِ المَسائلِ » ، وابنُ عَقِيلٍ ، والعُكْبَرِىُّ ، وغيرُهم . قال الحارِثِىُّ : وهذا يَتَخَرَّجُ مِن نصِّ أحمدَ على مِثْلِه فى خِيارِ المُجْبَرةِ ، ومن غيرِه . قال : وهذا مُتَفَرِّعٌ على القَوْلِ بالفَوْرِيَّةِ ،

الشرح الكبير

لو أمْكَنَه أن يُسْرِعَ فى مَشْيِه (١أو يُحرِّكَ١) دابَّته ، فلم يَفْعَلْ ومَضَى على حَسَبِ عادَتِه ، لم تَسْقُطْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّه طَلَبَ بحُكْمِ العادَةِ . وإذا فَرَغ مِن حَوائِجِه ، مَضَى على حَسَبِ عادَتِه إلى المُشْتَرِى ، فإذا لَقِيَه بَدَأه بالسَّلامِ ؛ لأنَّ ذلك السُّنَّةُ ؛ (٢وقد جاء٢) فى الحَدِيثِ : « مَنْ بَدَأَ بِالْكَلَامِ قَبْلَ السَّلَامِ ، فَلَا تُجِيبُوهُ »(٣) . ثم يُطالِبُ . فإن قال بعدَ السَّلامِ : بارَكَ اللهُ لك فى صَفْقَةِ يَمِينِكَ . أو دَعَا له بالمَغْفِرَةِ ونحوِ ذلك ، لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ ذلك يَتَّصِلُ بالسَّلَامِ ، فهو مِن جُمْلَتِه ، والدُّعاءُ له بالبَرَكَةِ فى الصَّفْقَةِ [٥/١١٨ ظ] دُعَاءٌ لنَفْسِه ؛ لأنَّ الشِّقْصَ يَرْجِعُ إليه ، فلا يكونُ ذلك رِضًا ، فإنِ اشْتَغَلَ بكَلامٍ آخَرَ ، أو سَكَتَ لغيرِ حاجَةٍ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه ؛ لِما قَدَّمْنَا .

الإنصاف

كما فى « التَّمامِ » ، وفى « المُغْنِى » ؛ لأنَّ المَجْلِسَ كلَّه فى مَعْنَى حالَةِ العَقْدِ ، بدَليلِ التَّقابُضِ فيه لما يُعْتَبرُ له القَبْضُ ، يُنَزَّلُ مَنْزِلَةَ حالَةِ العَقْدِ ، ولكِنَّ إيرادَه هنا مُشْعِرٌ بكَوْنِه قَسِيمًا للفَوْرِيَّةِ . انتهى . قال فى « الفُروعِ » : اخْتارَه الخِرَقِىُّ ، وابنُ حامِدٍ ، والقاضى ، وأصحابُه . قلتُ : ليس كما قال عن الخِرَقِىِّ ، بل ظاهِرُ كلامِه ، وُجوبُ المُطالَبَةِ ساعَةَ يعْلَمُ ؛ فإنَّه قال : ومَن لم يُطالِبْ بالشُّفْعَةِ فى وَقْتِ عِلْمِه بالبَيْعِ ، فلا شُفْعَةَ له . انتهى . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » .

(١ - ١) فى م : « ويحرك » .

(٢ - ٢) فى الأصل ، م : « لأن » .

(٣) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى السلام قبل الكلام ، من أبواب الاستئذان . عارضة الأحوذى ١٠ / ١٧٤ .

الإنصاف

تنبيهان ؛ أحدُهما ، قال الحارِثِىُّ : وفى جَعْلِ هذا شَرْطًا إشْكالٌ ؛ وهو أنَّ المُطالَبَةَ بالحقِّ فرْعُ ثُبوتِ ذلك الحقِّ ، ورُتبةُ ذلك الشَّرْطِ تَقدُّمُه على المَشْرُوطِ ، فكيفَ يقالُ بتَقَدُّمِ المُطالَبَةِ على ما هو أصْلٌ له ؟ هذا خِلْفٌ . أو نقولُ : اشْتِراطُ المُطالَبَةِ يُوجِبُ تَوقُّفَ الثُّبوتِ عليها ، ولا شَكَّ فى توَقُّفِ المُطالَبَةِ على الثُّبوتِ ، فيكونُ دَوْرًا . والصَّحيحُ ، أنَّه شَرْطٌ لاسْتِدامَةِ الشُّفْعَةِ ، لا لأَصْلِ ثُبوتِ الشُّفْعَةِ ؛ ولهذا قال : فإنْ أخَّرَه ، سقَطَتْ شُفْعَتُه . انتهى . الثَّانى ، كلامُ المُصَنِّفِ وغيرِه ، مُقَيَّدٌ بما إذا لم يكُنْ عُذْرٌ ، فإنْ كان عُذْرٌ ؛ مثْلَ أنْ لا يعْلَمَ ، أو عَلِمَ ليْلًا فأخَّرَه إلى الصُّبْحِ ، أو أخَّرَه لشِدَّةِ جُوعٍ ، أو عَطَشٍ حتى أكلَ أو شَرِبَ ، أو أخَّرَه لطَهارَةٍ ، أو إغْلاقِ بابٍ ، أو ليَخْرُجَ مِنَ الحمَّامِ ، أو ليَقْضِىَ حاجَتَه ، أو ليُؤَذِّنَ ويُقِيمَ ويأْتِىَ بالصَّلاةِ وسُنَّتِها ، أو ليَشْهَدَها فى جماعَةٍ يخَافُ فوْتَها ، ونحوِ ذلك . وفى « التَّلْخيصِ » احْتِمالٌ بأنَّه يقْطَعُ الصَّلاةَ ، إلَّا أنْ تكونَ فَرْضًا . قال الحارِثِىُّ : وليس بشىءٍ . وهو كما قال ، فلا تسْقُطُ إلَّا أنْ يكونَ المُشْتَرِى حاضِرًا عندَه فى هذه الأحْوالِ ، فمُطالبَتُه مُمْكِنَةٌ ، ماعدَا الصَّلاةَ ، وليس عليه تَخْفِيفُها ، ولا الاقْتِصارُ على أقَلِّ ما يُجْزِئُ . ثم إنْ كان غائبًا عنِ المَجْلِسِ ، حاضِرًا فى البَلَدِ ، فالأَوْلَى أن يُشْهِدَ على الطَّلَبِ ، ويُبادِرَ إلى المُشْتَرِى بنَفْسِه ، أو بوَكِيلِه ، فإنْ بادَر هو أو وَكِيلُه مِن غيرِ إشْهادٍ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه على شُفْعَتِه . صحَّحه فى « التَّلْخيصِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، وغيرِهما . قال الحارِثِىُّ : وهو ظاهِرُ إيرادِ المُصَنِّفِ فى آخَرِين . وقيل : يُشْترَطُ الإشْهادُ . اخْتارَه القاضى فى « الجامِعِ الصَّغِيرِ » . ويأْتِى ، هل يمْلِكُ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ بمُجَرَّدِ المُطالَبَةِ ، أمْ لا ؟ عندَ قوْلِه : وإنْ ماتَ الشَّفِيعُ ، بطَلَتِ الشُّفْعَةُ . أمَّا إنْ تعَذَّرَ الإشْهادُ ، سقَطَ ، بلا نِزاعٍ ، والحالَةُ هذه ؛ لانْتِفاءِ التَّقْصيرِ . وإنِ اقْتصرَ على الطَّلَبِ مُجَرَّدًا عن مُواجَهَةِ

المقنع

إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ وَهُوَ غَائِبٌ ، فَيُشْهِدَ عَلَى الطَّلَبِ بِهَا ، ثُمَّ إِنْ أَخَّرَ الطَّلَبَ بَعْدَ الْإِشْهَادِ عِنْدَ إِمْكَانِهِ ، أَوْ لَمْ يُشْهِدْ وَلَكِنْ سَارَ فِي طَلَبِهَا ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٣٩٠ – مسألة : (إلَّا أن يَعْلَمَ وهو غائِبٌ ، فيُشْهِدَ على الطَّلَبِ ، ثم إن أخَّرَ الطَّلَبَ بعدَ الإشْهادِ مع إمْكانِه) أو تَرَكَ الإشْهَادَ (أو لم يُشْهِدْ

الإنصاف

المُشْتَرِى ، قال الحارِثِىُّ : فالمذهبُ الإجْزاءُ . قال : وكذلك قال أبو الحَسَنِ بنُ الزَّاغُونِىِّ فى « المَبْسُوطِ » ، ونقَلْتُه مِن خطِّه ، فقال : الذى نذْهَبُ إليه ، أنَّ ذلك يُغْنِى عنِ المُطالَبَةِ بمَحْضَرِ الخَصْمِ ؛ فإنَّ ذلك ليس بشَرْطٍ فى صِحَّةِ المُطالَبَةِ . وهو ظاهِرُ ما نقلَه أبو طالِبٍ عن أحمدَ ، وهو قِياسُ المذهبِ أيضًا ، وهو ظاهِرُ كلامِ أبى الخَطَّابِ فى « رُءوسِ مَسائِله » ، والقاضى أبى الحُسَيْنِ فى « تمامِه » . وصرَّحَ به فى « المُحَرَّرِ » ، لكِنْ بقَيْدِ الإشْهادِ . وهو المَنْصُوصُ عن أحمدَ مِن رِوايَةِ أبى طالِبٍ ، والأَثْرَمِ . وهذا اخْتِيارُ أبى بَكْرٍ . وإيرادُ المُصَنِّفِ [٢٠٧/٢ظ] هنا يقْتَضِى عدَمَ الإجْزاءِ ، وأنَّ الواجِبَ المُواجَهَةُ ، ولهذا قال : فإنْ ترَكَ الطَّلَبَ والإشْهادَ لعَجْزِه عنهما ؛ كالمَرِيضِ ، والمَحْبُوسِ ، فهو على شُفْعَتِه . ومَعْلُومٌ أنَّهما لا يعْجزان عن مُناطَقَةِ أنْفُسِهما بالطَّلَبِ . وقد صرَّح به فى « العُمْدَةِ » ؛ فقال : إنْ أخَّرَها ، يعْنِى المُطالَبَةَ ، بطَلَتْ شُفْعَتُه ، إلَّا أنْ يكونَ عاجِزًا عنها لغَيْبَةٍ ، أو حَبْسٍ ، أو مَرَضٍ ، فيكُونَ على شُفْعَتِه متى قَدَرَ عليها . انتهى كلامُ الحارِثِىِّ .

قوله : فإنْ أخَّرَه ، سقَطَتْ شُفْعَتُه . يعْنِى ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقد تَقدَّمَتْ رِوايَةٌ بأنَّه على التَّراخِى .

قوله : إلَّا أنْ يعْلَمَ وهو غائِبٌ ، فيُشْهِدَ على الطَّلَبِ بها ، ثم إنْ أخَّرَ الطَّلَبَ بعدَ

الشرح الكبير

ولكن سارَ فى طَلَبِها ، فعلى وَجْهَيْن) متى عَلِمَ الغائِبُ بالبَيْعِ ، وقدَرَ على الإشْهادِ على المُطالَبَةِ فلم يَفعَلْ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه ، سَواءٌ قَدر على التَّوْكِيلِ أو عَجَز عنه ، أو سار عَقِيبَ العِلْمِ أو أقامَ . هذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، فى روايَةِ أبى طالبٍ ، وهو ظاهِرُ قولِ الخِرَقِىِّ ، وهو وَجْهٌ للشافعىِّ . والوَجْهُ الآخَرُ ، لا يَحْتاجُ إلى الإشْهادِ ؛ لأنَّه إذا ثَبَت عُذْرُه ، فالظاهِرُ أنَّه تَرَك الشُّفْعَةَ لذلك ، فقُبِلَ قولُه فيه . ولَنا ، أنَّه قد يَتْرُكُ الطَّلَبَ للعُذْرِ

الإنصاف

الإشْهادِ عندَ إمْكانِه ، أو لَمْ يُشْهِدْ ، لَكِنَّه سارَ فى طَلَبِها ، فعلى وَجْهَيْن . شَمِلَ كلامُه مَسْألَتَيْن ؛ إحْداهما ، أنْ يُشْهِدَ على الطَّلَبِ حينَ يَعْلَمُ ، ويُؤَخِّرَ الطَّلَبَ بعدَه ، مع إمْكانِه . فأطْلَقَ فى سُقوطِ الشُّفْعَةِ بذلك وَجْهَيْن ، وأطْلَقَهما فى « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ؛ أحَدُهما ، لاتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ بذلك . وهو المذهبُ ، نصَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، وقال : هذا المذهبُ . والوَجْهُ الثَّانى ، تسْقُطُ إذا لم يكُنْ عُذْرٌ . اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وهو احْتِمالٌ فى « الهِدايَةِ » .

تنبيهان ؛ أحدُهما ، حكَى المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، ومَن تَبِعَه ، أنَّ السُّقُوطَ قَوْلُ القاضى . قال الحارِثِىُّ : ولم يحْكِه أحدٌ عن القاضى سِواه ، والذى عرَفْتُ مِن كلامِ القاضى خِلافُه . ونقَل كلامَه مِن كُتُبِه ، ثم قال : والذى حكَاه فى « المُغْنِى » عنه ، إنَّما قالَه فى « المُجَرَّدِ » فيما إذا لم يكُنْ أشْهَدَ على الطَّلَبِ وليس

الشرح الكبير

(١وغيرِه٤) ، وقد يَسِيرُ لطَلَبِ الشُّفْعَةِ ويَسِيرُ لغيرِه ، وقد قَدَر على أن يُبيِّنَ ذلك بالإشْهادِ ، فإذا لم يَفْعَلْ سَقَطَتْ شُفْعَتُه ، كتاركِ الطَّلَبِ مع الحُضُورِ . وقال القاضِى : إن سارَ عَقِيبَ عِلْمِه إلى البَلَدِ الذى فيه المُشْتَرِى مِن غيرِ إشْهادٍ ، احْتَمَلَ أن لا تَبْطُلَ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ ظاهِرَ سَيْرِه أنَّه للطَّلَبِ . وهو قولُ أصحابِ الرَّأْىِ ، والعَنْبَرِىِّ ، وقولٌ للشافعىِّ . وقال أصحابُ الرَّأْىِ : له مِن الأَجَلِ بعدَ العِلْمِ قَدْرُ السَّيْرِ ، فإن مَضَى الأَجَلُ قبلَ أن يَطْلُبَ أو يَبْعَثَ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه . وقال العَنْبَرِىُّ : له مَسافَةُ الطَّرِيقِ ذاهِبًا وجائِيًا ؛ لأنَّ عُذْرَه فى تَرْكِ الطَّلَبِ ظاهِرٌ فلم يَحْتَجْ معه إلى الشَّهادَةِ . وقد ذَكَرْنا وَجْهَ القَوْلِ الأَوَّلِ .

الإنصاف

بالمَسْأَلَةِ نبَّهْتُ عليه خشْيَةَ أنْ يكونَ أصْلًا لنَقْلِ الوَجْهِ الذى أوْرَدَه . انتهى . الثَّانى قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : واعلمْ أنَّ المُصَنِّفَ قال فى « المُغْنِى »[(٢)] : وإنْ أخَّرَ القُدومَ بعدَ الإشْهادِ . بدَلَ قوْلِه : وإنْ أخَّرَ الطَّلَبَ بعدَ الإشْهادِ . وهو صحيحٌ ؛ لأنَّه لا وَجْهَ لإسْقاطِ الشُّفْعَةِ بتَأْخيرِ الطَّلَبِ بعدَ الإشْهادِ ؛ لأنَّ الطَّلَبَ حِينَئذٍ لا يُمْكِنُ ، بخِلافِ القُدومِ ، فإنَّه مُمْكِنٌ ، وتأْخِيرُ ما يُمْكِنُ ، لإسْقاطِ الشُّفْعَةِ ، وَجْهٌ ، بخِلافِ تأْخيرِ مالا يُمْكِنُ . انتهى . وكذلك الحارِثِىُّ مَثَّلَ بما لو تَراخَى السَّيْرُ . انتهى . فعلى كِلا الوَجْهَيْن ، إذا وُجِدَ عُذْرٌ ؛ مثلَ أنْ لا يجدَ مَن يُشْهِدُه ، أو وجَد مَن لا تُقْبَلُ شَهادَتُه ؛ كالمَرْأةِ ، والفاسِقِ ، ونحوِهما ، أو وجَد مَن لا يقْدُمُ معه إلى مَوْضِعِ المُطالَبَةِ ، لم تسْقُطِ الشُّفْعَةُ . وإنْ لم يجِدْ إلَّا مَسْتُورَى الحالِ ،

(١ - ١) فى م : « وقد يتركه لغيره » .

(٢) انظر : المغنى ٧/٤٦٣ .

الشرح الكبير

فصل : فإن أخَّرَ الطَّلَبَ بعدَ الإشْهادِ مع إمْكانِه ، فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ أنَّ الشُّفْعَةَ بحَالِها . وقال القاضِى : تَبْطُلُ إذا قَدَرَ على المَسِيرِ وأخَّرَه . وإن لم يَقْدِرْ على المَسِيرِ وقَدَر على التَّوْكِيلِ فى طَلَبِها ، فلم يَفْعَلْ ، بَطَلَتْ أيضًا ، لأنَّه تارِكٌ للطَّلَبِ بها مع قُدْرَتِه عليه ، فسَقَطَتْ ، كالحاضِرِ ، أو كالو لم يُشْهِدْ . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ ، إلَّا أنَّ لهم فيما إذا قَدَر على التوكيلِ فلم يَفْعَلْ وَجْهَيْن ؛ أحَدُهما ، لا تَبْطُلُ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ له غَرَضًا فى المُطالَبَةِ بنَفْسِه ؛ لكَوْنِه أقْوَمَ بذلك ، أو يَخافُ الضررَ مِن جِهَةِ وَكِيلِه ، بأن يُقِرَّ

الإنصاف

فلم يُشْهِدْهما ، فهل تبْطُلُ شُفْعَتُه ، أمْ لا ؟ فيه احْتِمالان . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « الفُروعِ » . قلتُ : الصَّوابُ أنَّها لا تسْقُطُ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ الصَّحيحَ مِنَ المذهبِ ، أنَّ شَهادَةَ مَسْتُورَى الحالِ لا تُقْبَلُ ؛ فهما كالفاسِقِ بالنِّسْبَةِ إلى عدَمِ قَبُولِ شَهادَتِهما ، فإنْ أشْهَدَهما ، لم تبْطُلْ شُفعَتُه ، ولو لم تُقْبَلْ شَهادَتُهما . وكذلك إنْ لم يقْدِرْ إلَّا على شاهدٍ واحدٍ ، فأشْهَدَه أو ترَك إشْهادَه . قاله المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . قال الحارِثِىُّ : وإنْ وجَدَ عَدْلًا واحِدًا ، ففى « المُغْنِى »[1] ، إشْهادُه وترْكُ إشْهادِه سواءٌ ، قال : وهو سَهْوٌ ؛ فإنَّ شَهادَةَ الواحدِ مَعْمُولٌ بها مع يَمِينِ الطَّالِبِ ، فتعَيَّنَ اعْتِبارُها . ولو قدَر على التَّوْكيلِ ، فلم يُوَكِّلْ ، فهل تَسْقُطُ شُفْعَتُه ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ؛ أحدُهما ، لاتبْطُلُ . وهو المذهبُ ، نصَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . والوَجْهُ الثَّانى ، تبْطُلُ . اخْتارَه القاضى ، وهو ظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ .

---

(١) انظر : المغنى ٧/٤٦٣ .

الشرح الكبير

عليه برِشْوَةٍ أو غيرِ ذلك [٥/١١٩ و] فيَلْزَمَه إقْرارُه ، فكان مَعْذُورًا . ولَنا ، أنَّ عليه فى السَّفَرِ ضَرَرًا بالْتِزامِه كُلْفَتَه ، وقد يكونُ له حَوائِجُ وتِجارَةٌ يَنْقَطِعُ عنها وتضيعُ بغَيْبَتِه ، والتَّوْكِيلُ إن كان بجُعْلٍ لَزِمَه غُرْمٌ ، وإن كان بغيرِ جُعْلٍ ففيه مِنَّةٌ ، ويَخافُ الضَّرَرَ مِن جِهَتِه ، فاكْتُفِىَ بالإِشْهادِ . فأمّا إن تَرَكَ السَّفَرَ ؛ لعَجْزِه عنه ، أو لضَرَرٍ يَلْحَقُه فيه ، لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّه مَعْذُورٌ ، فهو كمَن لم يَعْلَمْ .

الإنصاف

فائدة : لفظُ الطَّلَبِ : أنا طالِبٌ . أو : مُطالِبٌ . أو : آخِذٌ بالشُّفْعَةِ . أو : قائمٌ على الشُّفْعَةِ . ونحوُه ممَّا يُفِيدُ مُحاوَلَةَ الأخْذِ ؛ لأنَّه مُحَصِّلٌ للغَرَضِ . المسْأَلَةُ الثَّانيةُ ، إذا كان غائبًا ، فسارَ حينَ عَلِمَ فى طَلَبِها ، ولم يُشْهِدْ ، مع القُدْرَةِ على الإِشْهادِ ، فأَطْلَقَ المُصَنِّفُ فى سُقُوطِها وَجْهَيْن ، وأَطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرِهم ؛ أحدُهما ، تسْقُطُ الشُّفْعَةُ . وهو المذهبُ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، فى رِوايَةِ أبِى طالِبٍ . واخْتارَه الخِرَقِىُّ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . قال الحارِثِىُّ : عليه أكثرُ الأصحابِ . وقدَّمه فى « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونَصَراه . وجزَم به فى « العُمْدَةِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا تسْقُطُ ، بل هى باقيةٌ . قال القاضى : إنْ سارَ عَقِبَ عِلْمِه إلى البَلَدِ الذى فيه المُشْتَرِى ، مِن غيرِ إشْهادٍ ، احْتَمَلَ أنْ لا تبْطُلَ شُفْعَتُه . فعلَى هذا الوَجْهِ ؛ يُبادِرُ إليها بالمُضِىِّ المُعْتادِ [٢/٢٠٨و] ، بلا نِزاعٍ ، ولا يلْزَمُه قَطْعُ حمَّامٍ ، وطَعامٍ ، ونافِلَةٍ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل :

الشرح الكبير

فصل : تَجِبُ الشُّفْعَةُ للغائِبِ فى قولِ الأكْثَرِينَ ؛ منهم مالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والأوْزَاعِىُّ ، والشافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . ورُوِىَ عن النَّخَعِىِّ ، ليس للغائبِ شُفْعَةٌ . وبه قال الحارِثُ العُكْلِىُّ ، والبَتِّىُّ ، إلَّا للغائِبِ القَرِيبِ ؛ لأنَّ إثْباتَها يَضُرُّ بالمُشْتَرِى ويَمْنَعُ اسْتِقْرارَ مِلْكِه وتَصَرُّفَه على حَسَبِ اخْتِيارِه خَوْفًا مِن أخْذِه ، فلم تَثْبُتْ كما لا تَثْبُتُ للحاضِرِ على

الإنصاف

بلى . وكذا الحُكْمُ لو كان غائبًا عنِ المَجْلِسِ ، حاضِرًا فى البَلَدِ .

تنبيهان ؛ أحدُهما ، قال الحارِثِىُّ : حكَى المُصَنِّفُ الخِلافَ وَجْهَيْن ، وكذا أبو الخَطَّابِ ، وإنَّما هما رِوايَتان . ثم قال : وأصْلُ الوَجْهَيْن فى كَلامِهما احْتِمالان ، أوْرَدَهما القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، والاحْتِمالان إنَّما أوْرَدَهما فى الإشْهادِ على السَّيْرِ للطَّلَبِ ، وذلك مُغايِرٌ للإشْهادِ على الطَّلَبِ حينَ العِلْمِ ، ولهذا قال : ثم إنْ أخَّرَ الطَّلَبَ بعدَ الإشْهادِ عندَ إمْكانِه ، أى السَّيْرُ للطَّلَبِ مُواجَهَةً . فلا يَصِحُّ إثْباتُ الخِلافِ فى الطَّلَبِ الأوَّلِ مُتَلَقًّى عنِ الخِلافِ فى الطَّلَبِ الثَّانى . انتهى . قال الحارِثِىُّ : ولم يعْتَبِرْ فى « المُحَرَّرِ » إشْهادًا فيما عَدا هذا ، والإشْهادُ على الطَّلَبِ عندَه عِبارَةٌ عن ذلك ، وهو خِلافُ ما قالَ الأصحابُ . وأيضًا فالإشْهادُ على ما قال ليس إشْهادًا على الطَّلَبِ فى الحَقيقَةِ ، بل هو إشْهادٌ على فِعْلٍ يتَعَقَّبُه الطَّلَبُ .

الثَّانِى ، اسْتَفَدْنا مِن قُوَّةِ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّه إذا عَلِمَ ، وأشْهَدَ عليه بالطَّلَبِ ، وسارَ فى طَلَبِها عندَ إمْكانِه ، أنَّها لا تَسْقُطُ . وهو صحيحٌ . وكذا لو أشْهَدَ عليه ، وسارَ وَكِيلُه ، وكذا لو تَراخَى السَّيْرُ لعُذْرٍ .

فوائد ؛ إحْداها ، لو لَقِىَ المُشْتَرِىَ ، فسَلَّم عليه ، ثم عَقَّبَهُ بالطَّلَبِ ، فهو على شُفْعَتِه . قالَه الأصحابُ . وكذا لو قال بعدَ السَّلامِ : بَارَكَ اللهُ لك فى صَفْقَتِك .

الشرح الكبير

التَّرَاخِى . ولَنا ، عُمومُ قولِه عليه السَّلامُ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ »[1] . وسائِرُ الأحادِيثِ . ولأنَّ الشُّفعَةَ حَقٌّ مالِىٌّ وُجِدَ سَبَبُه بالنِّسْبةِ إلى الغائِبِ ، فيَثْبُتُ له ، كالإِرْثِ ، ولأنَّه شَرِيكٌ لم يَعْلَمْ بالبَيْعِ ، فتَثْبُتُ له الشُّفْعَةُ عندَ عِلْمِه ، كالحاضِرِ إذا كُتِمَ عنه البَيْعُ ، والغائِبِ غَيْبَةً قَرِيبَةً ، وضَرَرُ المُشْتَرِى يَنْدَفِعُ بإيجابِ الثَّمَنِ له ، كما فى الصُّوَرِ المَذْكُورَةِ . إذا ثَبَت هذا ، ولم يَعْلَمْ بالبَيْعِ إلَّا عندَ قُدُومِه ، فله المُطالَبَةُ وإن طالَتْ غَيْبَتُه ؛ لأنَّه خِيارٌ ثَبَت

الإنصاف

ذكَرَه الآمِدِىُّ ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُ واحدٍ . وصحَّحه فى « الرِّعايَةِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وكذا لو دَعا له بالمَغْفِرَةِ ونحوِه . وفيهما احْتِمالٌ ، تسْقُطُ بذلك . الثَّانيةُ ، الحاضِرُ المَرِيضُ ، والمَحْبُوسُ ، كالغائبِ فى اعْتِبارِ الإِشْهادِ ، فإنْ ترَك ، ففى السُّقُوطِ ما مرَّ مِنَ الخِلافِ . الثَّالثةُ ، لو نَسِىَ المُطالَبَةَ أو البَيْعَ ، أو جَهِلَها ، فهل تسْقُطُ الشُّفْعَةُ ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . قال فى « المُغْنِى »[2] : إذا ترَكَ الطَّلَبَ نِسْيانًا له ، أو للبَيْعِ ، أو ترَكَه جَهْلًا باسْتِحْقاقِه ، سقَطَتْ شُفْعَتُه . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » . وقاسَه هو ، والمُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » على الرَّدِّ بالعَيْبِ ، وفيه نظَرٌ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّها لا تسْقُطُ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . قال الحارِثِىُّ : وهو الصَّحيحُ . وقال : يَحْسُنُ بِناءُ الخِلافِ على الرِّوايتَيْن فى خِيارِ المُعْتَقَةِ تحتَ العَبْدِ ، إذا مَكَّنَتْه مِنَ الوَطْءِ جَهْلًا بمِلْكِها للفَسْخِ ، على ما يأْتِى . وإنْ أخَّرَه جَهْلًا بأنَّ التَّأْخِيرَ مُسْقِطٌ ؛ فإنْ كان مِثْلُه لا يجْهَلُه ، سقَطَتْ لتَقْصِيرِه ، وإنْ كان مِثْلُه يجْهَلُه ، فقال فى « التَّلْخيصِ » : يحْتَمِلُ وَجْهَيْن .

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٥٧ .

(٢) انظر : المغنى ٤٥٨/٧ .

المقنع وَإِنْ تَرَكَ الطَّلَبَ وَالْإِشْهَادَ لِعَجْزِهِ عَنْهُمَا ؛ كَالْمَرِيضِ ، وَالْمَحْبُوسِ ، وَمَنْ لَا يَجِدُ مَنْ يُشْهِدُهُ ، ....

الشرح الكبير لإزالَةِ الضَّرَرِ عن المالِ ، فَتراخِى الزَّمانِ قبلَ العِلْمِ به لا يُسْقِطُه ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ ، ومتى عَلِم فحُكْمُه فى المُطالَبَةِ حُكْمُ الحاضِرِ ، فى أنَّه إن طالَبَ على الفَوْرِ اسْتَحَقَّ ، وإلَّا بَطَلَتْ شُفْعَتُه ، وحُكْمُ المَرِيضِ والمَحْبُوسِ ومَن لم يَعْلَمْ بالبَيْعِ حُكْمُ الغائِبِ ؛ لِما ذَكَرْنا .

٢٣٩١ – مسألة : (فإن تَرَكَ الطَّلَبَ والإشْهادَ لعَجْزِه عنهما ؛ كالمَرِيضِ ، والمَحْبُوسِ ، ومَن لا يَجِدُ مَن يُشْهِدُه) لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه . أمّا إذا كان مَرَضُه لا يَمْنَعُ المُطالَبَةَ ؛ كالصُّداعِ اليَسِيرِ والألَمِ القَلِيلِ ، فهو كالصَّحِيحِ . وإن كان المَرَضُ يَمْنَعُ المُطالَبَةَ ؛ كالحُمَّى وأشْباهِها ، فهو كالغائِبِ فى الإشْهادِ والتَّوْكِيلِ . وأمّا المَحْبُوسُ ، فإن كان حُبِسَ ظُلْمًا ، أو بدَيْنٍ لا يُمْكِنُه أداؤُه ، فهو كالمَرِيضِ ، وإن كان مَحْبُوسًا [١١٩/٥ ظ] بحَقٍّ يَلْزَمُه أداؤُه وهو قادِرٌ عليه ، فهو كالمُطْلَقِ إن لم يُبادِرْ إلى المُطالَبَةِ ولم يُوَكِّلْ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه .

الإنصاف أحدُهما ، لا تَسْقُطُ . قال الحارِثِىُّ : وهو الصَّحيحُ . وجزَم به فى « الرِّعايَةِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفائقِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ . والوَجْهُ الثَّانى ، تسْقُطُ . ويأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ : إذا باعَ الشَّفِيعُ مِلْكَه قبلَ عِلْمِه . ولو قال له : بكم اشْتَرَيْتَ ؟ أو : اشْتَرَيْتَ رَخِيصًا . فهل تسْقُطُ الشُّفْعَةُ ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الفُروعِ » . قلتُ : قواعدُ المذهبِ تقْتَضِى سُقوطَها ، مع عِلْمِه .

المقنع أَوْ لِإِظْهَارِهِمْ زِيَادَةً فِى الثَّمَنِ ، أَوْ نَقْصًا فِى الْمَبِيعِ ، أَوْ أَنَّهُ مَوْهُوبٌ

الشرح الكبير **فصل** : فإن عَجَز عن الإشْهادِ فى سَفَرِه ، لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه بغيرِ خِلافٍ ؛ لأنه مَعْذُورٌ فى تَرْكِه ، فأشْبَهَ ما لو تَرَك الطَّلَبَ لعُذْرٍ أو لعَدَمِ العِلْمِ . ومتى قَدَر على الإشْهادِ فأخَّرَه ، كان كتأْخِيرِ الطَّلَبِ بالشُّفْعَةِ ؛ إن كان لعُذْرٍ لم تَسْقُطِ الشُّفْعَةُ ، وإن كان لغيرِ عُذْرٍ سَقَطَتْ ؛ لأنَّ الإشْهادَ قائِمٌ مَقامَ الطَّلَبِ ونائِبٌ عنه ، فيُعْتَبَرُ له ما يُعْتَبَرُ للطَّلَبِ . ومَن لم يَقْدِرْ إلَّا على إشْهادِ مَن لا تُقْبَلُ شَهادَتُه ؛ كالمَرْأةِ ، والفاسِقِ ، فتَرَكَ الإشْهادَ ، لم تَسْقُطْ شُفْعَتُه بتَرْكِه ؛ لأنَّ قَوْلَهم غيرُ مَقْبُولٍ ، فلم تَلْزَمْ شَهادَتُهم ، كالأطْفالِ والمَجانِينِ . وإن لم يَجِدْ مَن يُشْهِدُه إلَّا مَن لا يَقْدَمُ معه إلى مَوْضِعِ المُطالَبَةِ ، فلم يُشْهِدْ ، فالأوْلَى أنَّ شُفْعَتَه لا تَبْطُلُ ؛ لأنَّ إشْهادَه لا يُفِيدُ ، فأشْبَهَ إشْهادَ مَن لا تُقْبَلُ شَهادَتُه . وإن لم يَجِدْ إلَّا مَسْتُورَىِ الحالِ ، فلم يُشْهِدْهُما ، احْتَمَلَ أن تَبْطُلَ ؛ لأنَّ شَهادَتَهما يُمْكِنُ إثْباتُها بالتَّزْكِيَةِ ، فأشْبَهَا العَدْلَيْنِ ، ويَحْتَمِلُ أن لا تَبْطُلَ ؛ لأنَّه يَحْتاجُ فى إثْباتِ شَهادَتِهما إلى كُلْفَةٍ كَثِيرَةٍ ، وقد لا يَقْدِرُ على ذلك ، فلا تُقْبَلُ شَهادَتُهما ، فإن أشْهَدَهُما ، لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه ، سَواءٌ قُبِلَتْ شَهادَتُهما أو لم تُقْبَلْ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه أكْثَرُ مِن ذلك ؛ فأشْبَهَ العاجِزَ عن الإشْهادِ ، وكذلك إن لم يَقْدِرْ إلَّا على إشْهادِ واحِدٍ فأشْهَدَه ، أو تَرَك إشْهادَه .

٢٣٩٢ – مسألة : (أو لإظْهارِهِم زِيادَةً فى الثَّمَنِ ، أو نَقْصًا فى

الإنصاف ....

المقنع

لَهُ ، أو أَنَّ الْمُشْتَرِىَ غَيْرُهُ ، أَوْ أَخْبَرَهُ مَنْ لَا يُقْبَلُ خَبَرُهُ فَلَمْ يُصَدِّقْهُ ، فَهُوَ عَلَى شُفعَتِهِ ، وَإِنْ أَخْبَرَهُ مَنْ يُقْبَلُ خَبَرُهُ ، فَلَمْ يُصَدِّقْهُ ، أَوْ قَالَ لِلْمُشْتَرِى : بِعْنِى مَا اشْتَرَيْتَ . أَوْ : صَالِحْنِى . سَقطَتْ شُفْعَتُهُ .

الشرح الكبير

المَبيعِ ، أو أنَّ المُشْتَرِىَ غَيْرُه ، أو أخْبَرَه مَن لا يُقْبَلُ خَبَرُه فلم يُصَدِّقْه ، أو قال للمُشْتَرِى : بِعْنِى ما اشْتَرَيْتَ . أو : صالِحْنى . سَقَطَتْ شُفْعَتُه) إذا أظْهَرَ المُشْتَرِى أنَّ الثَّمَنَ أكْثَرُ مِمّا وَقَع عليه العَقْدُ فتَرَكَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ ، لم تَبْطُلْ بذلك . وبه قال الشافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، ومالكٌ ، إلَّا أنَّه

الإنصاف

قوله : وإنْ ترَكَ الطَّلَبَ لكَوْنِ المُشْتَرِى غيرَه ، فتَبَيَّنَ أنَّه هو ، فهو على شُفْعَتِه . وهذا المذهبُ ، جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، و « ابنِ مُنَجَّى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « تذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، وغيرِهم . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّها تسْقُطُ ، وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » .

قوله : وَإنْ أخبَرَه مَن يُقْبَلُ خَبَرُه ، فلم يُصَدِّقْه ، سقَطَتْ شُفْعَتُه . إذا أخْبَرَه عَدْلان فلم يُصَدِّقْهما ، سقَطَتْ شُفْعَتُه ، وإنْ أخْبَره عَدْلٌ واحدٌ فلم يُصَدِّقْه سقَطَتْ شُفْعَتُه ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفائقِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقيل : لا تسْقُطُ . وهو وَجْهٌ ذكَرَه الآمِدِىُّ ، والمَجْدُ ، وصحَّحه النَّاظمُ ، وهما احْتِمالان لابنِ عَقِيلٍ ، والقاضى . قال فى « التَّلْخيصِ » :

الشرح الكبير

قال : بعدَ أن يَحْلِفَ : ما سَلَّمْتُ الشُّفْعَةَ إلَّا لمَكانِ الثَّمَنِ الكَثِيرِ . وقال ابنُ أبي لَيْلَى : لا شُفْعَةَ له ؛ لأنَّه سَلَّمَ ورَضِىَ . ولَنا ، أنَّه تَرَكَها للعُذْرِ ، فإنَّه لا يَرْضاه بالثَّمَنِ الكَثِيرِ ، ويَرْضاه [١٢٠/٥ و] بالقَلِيلِ ، وقد يَعْجِزُ عن الكَثِيرِ ، فلم تَسْقُطْ بذلك ، كما لو تَرَكَها لعَدَمِ العِلْمِ . وكذلك إنْ أظْهَرَ[1] أنَّ المَبِيعَ سِهامٌ قَلِيلَةٌ فبانَتْ كَثِيرَةً ؛ لأنَّه قد يَرْغَبُ فى الكَثِيرِ دُونَ القَلِيلِ ، وكذلك إن كان بالعَكْسِ ؛ لأنَّه قد يَقْدِرُ على ثَمنِ القَلِيلِ دُونَ الكَثِيرِ ، أو أنَّهما تَبايَعَا بدَنانِيرَ فبانَتْ بدَرَاهِمَ أو بالعَكْسِ . وبه قال الشافعىُّ وزُفَرُ . وقال أبو حنيفةَ ، وصاحِبَاه : إن كان قِيمَتُهما سَواءً ، سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّهما كالجِنْسِ الواحِدِ . ولَنا ، أنَّهما جِنْسان ، أشْبَهَا الثِّيابَ والحَيَوانَ ، ولأنَّه قد يَمْلِكُ النَّقْدَ الذى وَقَع به البَيْعُ دُونَ ما أظْهَرَه ، فيَتْرُكُه[2] لعَدَمِ مِلْكِه له . وكذلك إن أظْهَرَ أنَّه اشْتَراه بنَقْدٍ فبانَ أنَّه

الإنصاف

بناءً على اخْتِلافِ الرِّوايتَيْن فى الجَرْحِ والتَّعْديلِ والرِّسالَةِ ؛ هل يُقْبَلُ فيها خبرُ الواحدِ ، أم يُحْتاجُ إلى اثْنَيْن ؟ قلتُ : الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لابُدَّ فيها مِنَ اثْنَيْن ، على ما يأْتِى فى بابِ طَريقِ الحُكْمِ وصِفَتِه ، فى كلامِ المُصَنِّفِ . والذى يظْهَرُ ، أنَّهما ليس مَبْنِيَّيْن عليهما ؛ لأنَّ الصَّحيحَ هنا غيرُ الصَّحيحِ هناك . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » .

تنبيهان ؛ أحدُهما ، المَرْأَةُ كالرَّجُلِ ، والعَبْدُ كالحُرِّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقال القاضى : هما كالفاسِقِ . وقدَّمه فى

---

(١) فى م : « ظهر » .

(٢) فى الأصل : « فتركه » .

الشرح الكبير

اشْتَراه بعَرْضٍ ، أو بالعَكْسِ ، أو بنَوْعٍ مِن العُرُوضِ ، فبانَ أنه بغيْرِه ، أو أظْهَرَ أنَّه اشْتَراه له فبانَ أنَّه اشْتَراه لغيرِه ، أو بالعَكْسِ ، أو أنَّه اشْتَراه لإنْسانٍ فبانَ أنَّه اشْتَراه لغيرِه ؛ لأنَّه قد يَرْضَى بشَرِكَةِ إنْسانٍ دُونَ غيرِه ، وقد يُحابِى إنْسانًا أو يَخافُه فيَتْرُكُ لذلك . وكذلك إن أظْهَرَ أنَّه اشْتَرَى الْكُلَّ بثَمَنٍ فبانَ أنَّه اشتَرَى نِصْفَه بنِصْفِه أو أنَّه اشتَرَى نِصْفَه بثَمَنٍ فبانَ أنَّه اشتَرَى جَمِيعَه بضِعْفِه ، أو أنَّه اشتَرَى الشِّقْصَ وحدَه فبانَ أنَّه اشْتَراهُ هو وغيرُه ، أو بالعَكْسِ ، لم تَسْقُطِ الشُّفْعَةُ فى جَمِيعِ ذلك ؛ لأنَّه قد يكونُ له غَرَضٌ فيما أبْطَنَه دُونَ ما أظْهَرَه ، فيَتْرُكُ لذلك ، فلم تَسْقُطْ شُفْعَتُه ، كما لو أظْهَرَ أنَّه اشْتَراه بثَمَنٍ فبان أقَلَّ منه . فأمَّا إن أظْهَرَ أنَّه اشْتَراه بثَمَنٍ فبان أنَّه اشْتَراه بأكْثَرَ ، أو أنَّه اشْتَرَى الكلَّ بثَمَنٍ فبانَ أنَّه اشتَرَى به بعضَه سَقَطَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ الضَّرَرَ فيما أبْطَنَه أكْثَرُ ، فإذا لم يَرْضَ به[1] بالثَّمَنِ القَلِيلِ مع قِلَّةِ ضَرَرِه ، فبالكَثِيرِ أوْلَى .

الإنصاف

« الفائقِ » . قال الحارِثِىُّ : وإلْحاقُ العَبْدِ بالمرْأةِ والصَّبِىِّ غَلَطٌ ؛ لكَوْنِه مِن أهْلِ الشَّهادَةِ ، بغيرِ خِلافٍ فى المذهبِ . انتهى . وإنْ أخْبرَه مَسْتُورُ الحالِ ، سقَطَتْ . قدَّمه فى « الفائقِ » . وقيلَ : لا تسْقُطُ . وأطْلَقَهما فى « الفروعِ » . وإنْ أخْبرَه فاسِقٌ أو صَبِىٌّ ، لم تسْقُطْ [٢٠٨/٢ظ] شُفْعَتُه . إذا عَلِمْتَ ذلك ، فإذا ترَك – تكْذِيبًا للعَدْلِ أو العَدْلَيْن على ما مَرَّ – بطَلَتْ شُفْعَتُه . قال الحارِثِىُّ : هذا ما أطْلَقَ المُصَنِّفُ هنا ، وجمهورُ الأصحابِ . قال : ويتَّجِهُ التَّقْيِيدُ بما إذا كانتِ العَدالَةُ معْلُومَةً

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

فصل : فإن أخْبَرَه بالبَيْعِ مُخْبِرٌ فصَدَّقَه ، و لم يُطالِبْ بالشُّفْعَةِ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه ، سَواءٌ كان المُخْبِرُ مِمَّن يُقْبَلُ خَبَرُه أو لا ؛ لأنَّ العِلْمَ قد يَحْصُلُ بخَبَرِ مَن لا يُقْبَلُ خَبَرُه ؛ لقَرائِنَ دَالَّةٍ على صِدْقِه . وإن قال : لم أُصَدِّقْه . وكان المُخْبِرُ مِمَّن يُحْكَمُ بشَهادَتِه ؛ كرَجُلَيْن عَدْلَيْن ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ قولَهم حُجَّةٌ تَثْبُتُ بها الحُقُوقُ . وإن [١٢٠/٥ ظ] كان مِمَّن لا يُعْمَلُ بقَوْلِه ، كالفاسِقِ ، والصَّبِيِّ ، لم تَبْطُلْ . وحُكِيَ عن أبي يُوسُفَ ، أنَّها تَسْقُطُ ؛ لأنَّه خَبَرٌ يُعْمَلُ به فى الشَّرْعِ فى الإِذْنِ فى دُخُولِ الدّارِ وشِبْهِه ، فسَقَطَتْ ، كخَبَرِ العَدْلِ . ولَنا ، أنَّه خَبَرٌ لا يُقْبَلُ فى الشَّرْعِ ، أشْبَهَ قَوْلَ الطِّفْلِ والمَجْنُونِ . وإن أخْبَرَه رجلٌ عَدْلٌ ، أو مَسْتُورُ الحالِ ، سَقَطَتْ شُفْعَتُه . ويَحْتَمِلُ أن لا تَسْقُطَ . ويُرْوَى هذا عن أبي حنيفةَ ، وزُفَرَ ؛ لأنَّ الواحِدَ لا تَقُومُ به البَيِّنَةُ . ولَنا ، أنَّه خَبَرٌ لا تُعْتَبَرُ فيه الشَّهادَةُ ، فقُبِلَ مِن العَدْلِ ، كالرِّوايَةِ ، والفُتْيا ، وسائِرِ الأخْبارِ الدِّينِيَّةِ ، وفارَقَ الشَّهادَةَ ، فإنَّه يُحْتاطُ لها باللَّفْظِ ، والمَجْلِسِ ، وحُضُورِ المُدَّعَى عليه ، وإنْكارِه ،

الإنصاف

أو ظاهِرَةً لا تخْفَى على مِثْلِه ، أمَّا إنْ جَهِلَ ، أو كانتْ بمَحَلِّ الخَفاءِ أو التَّرَدُّدِ ، فالشُّفْعَةُ باقِيَةٌ ؛ لقِيامِ العُذْرِ . هذا كلُّه إذا لم يبْلُغِ الخَبَرُ حدَّ التَّواتُرِ ، أمَّا إنْ بلَغ ، فتَبْطُلُ الشُّفْعَةُ بالتَّرْكِ ولابُدَّ ، وإنْ كانوا فسَقَةً ، على ما لا يخْفَى . انتهى .

التَّنْبِيهُ الثَّانى ، محَلُّ ما تقدَّم ، إذا لم يُصَدِّقْه . أمَّا إنْ صدَّقَه ، و لم يُطالِبْ بها ، فإنَّها تسْقُطُ ؛ سواءٌ كان المُخْبِرُ ممَّن لا يُقْبَلُ خبَرُه ، أو يُقْبَلُ ؛ لأنَّ العِلْمَ قد يحْصُلُ بخَبَرِ مَن لا يُقْبَلُ خبَرُه لقَرائِنَ . قطَع به المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما .

الشرح الكبير

ولأنَّ الشَّهادَةَ يُعارِضُها إنْكارُ المُنْكِرِ ، وتُوجِبُ الحَقَّ عليه ، بخِلافِ هذا الخَبَرِ ، والمَرْأةُ كالرَّجُلِ فى ذلك ، والعَبْدُ كالحُرِّ . وقال القاضى : هما كالفاسِقِ والصَّبِىِّ . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ قَوْلَهما لا يَثْبُتُ به حَقٌّ . ولَنا ، أنَّ هذا خَبَرٌ وليس بشَهادَةٍ ، فاسْتَوَى فيه الرجلُ والمَرْأةُ ، والعَبْدُ والحُرُّ ، كالرِّوايَةِ ، والأخْبارِ الدِّينِيَّةِ . والعَبْدُ مِن أهْلِ الشَّهادَةِ فيما عَدَا الحُدُودَ والقِصَاصَ ، وهذا مِمّا عَداهما ، فأشْبَهَ الحُرَّ .

٢٣٩٣ – مسألة : وإن قال الشَّفِيعُ للمُشْتَرِى : بِعْنِى ما اشْتَرَيْتَ . أو : قاسِمْنى . بَطَلَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّه يَدُلُّ على رِضاه بشِرائِه وتَرْكِه الشُّفْعَةَ . وإن قال : صالِحْنِى على مالٍ . سَقَطَتْ أيضًا . وهو قولُ أبى الخَطّابِ . وقال القاضِى : لا تَسْقُطُ ؛ لأنَّه لم يَرْضَ بإسْقاطِها ، وإنَّما رَضِىَ

الإنصاف

قوله : أو قال للمُشْتَرِى : بِعْنِى ما اشْتَرَيْتَ . أو : صالِحْنِى . سقَطَتْ شُفْعَتُه . (١) إذا قال للمُشْتَرِى : بِعْنِى ما اشْتَرَيْتَ (١) . أو : هَبْه لى . أو : ائْتَمِنِّى عليه . سقَطَتْ شُفْعَتُه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وقطَع به الأصحابُ ؛ منهم صاحِبُ « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم ، والحارِثِىُّ ، وقال : يقْوَى عندِى انْتِفاءُ السُّقُوطِ ، كقَوْلِ أشْهَبَ صاحِبِ مالِكٍ . وإنْ قال : صالِحْنِى عليه . سقَطَتْ شُفْعَتُه أيضًا ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قطَع به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ،

(١ – ١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

بالمُعاوَضَةِ عنها[1] ، ولم تَثْبُتِ المُعاوَضَةُ ، فبَقِيَتِ الشُّفْعَةُ . ولَنا ، أنَّه رَضِىَ بتَرْكِها وطَلَبَ عِوَضَها ، فثَبَتَ التَّرْكُ المَرْضِىُّ به ، ولم يَثْبُتِ العِوَضُ . كما لو قال : بِعْنِى . فلم يَبِعْه . ولأنَّ تَرْكَ المُطالَبَةِ بها كافٍ فى سُقُوطِها ، فمع طَلَبِ عِوَضِها أوْلَى . ولأصحابِ الشافعىِّ وَجهان كهذَيْن . فإن صالَحَه عنها بعِوَضٍ ، لم يَصِحَّ . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ . وقال مالكٌ : يَصِحُّ ؛ لأنَّه عِوَضٌ عن إزالَةِ مِلْكٍ ، فجازَ ، كأخْذِ العِوَضِ عن تَمْليكِ المَرْأةِ أمْرَها . ولَنا ، أنَّه خِيارٌ لا يَسْقُطُ إلى مالٍ ، فلم يَجُزْ أخْذُ العِوَضِ عنه ، كخِيَارِ الشَّرْطِ ، وبه يَبْطُلُ ما قاله . وأمّا الخُلْعُ ، فهو مُعاوَضَةٌ عمّا مَلَكَه بعِوَضٍ ، وهٰهُنا بخِلافِه .

الإنصاف

و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونَصَراه هنا . وجزَم به فى « الشَّرْحِ » ، فى بابِ الصُّلْحِ . وكذا جزَم به هناك صاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، وغيرُه . قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِيَيْن » : تسْقُطُ الشُّفْعَةُ فى أصحِّ الوَجْهَيْن . وقيل : لا تسْقُطُ . اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . قالَه الحارِثِىُّ . وأطْلَقهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » هناك ، وأطْلَقهما فى « النَّظْمِ » أيضًا . وتقدَّم ذلك فى بابِ الصُّلْحِ .

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ فى سُقُوطِ الشُّفْعَةِ . وهو واضِحٌ ، أمَّا الصُّلْحُ عنها بعِوَضٍ ، فلا يصِحُّ ، قوْلًا واحِدًا . قالَه الأصحابُ . وجزَم به المُصَنِّفُ وغيرُه فى بابِ الصُّلْحِ .

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

فصل : وإن لَقِيَه الشَّفِيعُ [٥/١٢١ و] فى غيرِ بَلَدِه فلم يُطالِبْه ، وقال : إنَّما تَرَكْتُ المُطالَبَةَ لأُطالِبَه فى البَلَدِ الذى فيه البَيْعُ ، أو المَبِيعُ . أو : لآخُذَ[1] الشِّقْصَ فى مَوْضِعِ الشُّفْعَةِ . سَقَطَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ ذلك ليس بعُذْرٍ فى تَرْكِ المُطالَبَةِ ، فإنَّها لا تَقِفُ على تَسْلِيمِ الشِّقْصِ ، ولا على حُضُورِ البَلَدِ الذى هو فيه . وإن قال : نَسِيتُ فلم أذْكُرِ المُطالَبَةَ . أو : نَسِيتُ البَيْعَ . سَقَطَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّه خِيارٌ على الفَوْرِ ، فإذا أخَّرَه نِسْيانًا ، بَطَلَ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ ، وكما لو أمْكَنَتِ المُعْتَقَةُ زَوْجَها مِن وَطْئِها نِسْيانًا . ويَحْتَمِلُ أن لا تَسْقُطَ المُطالَبَةُ ؛ لأنَّه تَرَكَها لعُذْرٍ ، فأشْبَهَ ما لو تَرَكَها لعَدَمِ عِلْمِه بها . وإن تَرَكَها جَهْلًا لاسْتِحْقاقِه لها ، إذا كان مِثْلُه يَجْهَلُ ذلك ، بَطَلَتْ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَبْطُلَ ، كما إذا ادَّعَتِ المُعْتَقَةُ الجَهْلَ بمِلْكِ الفَسْخِ .

الإنصاف

فائدة : لو قال : بِعْه ممَّن شِئْتَ . أو : وَلِّه إيَّاه . أو : هَبْه له . ونحوَ هذا ، بطَلَتِ الشُّفْعَةُ . وكذا لو قال : أكْرِنِى . أو : ساقِنِى . أو اكْتَرَى منه ، أو ساقاه . وإنْ قال : إنْ باعَنِى ، وإلَّا فلِىَ الشُّفْعَةُ . فهو كما لو قال : بِعْنِى . قدَّمه الحارِثِىُّ ، وقال : ويحْتَمِلُ أنَّه إنْ لم يبِعْه ، أنَّها لا تسْقُطُ . ولو قال له المُشْتَرِى : بِعْتُك . أو : وَلَّيْتُك . فقبِلَ ، سقَطَتْ .

---

(١) فى م : « لا آخذ » .

المقنع وَإنْ دَلَّ فِى الْبَيْعِ ، أَوْ توَكَّلَ لِأَحَدِ الْمُتَبَايِعَيْن ،.............

الشرح الكبير **٢٣٩٤** – مسألة : (وإن دَلَّ فى البَيْعِ) لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ ذلك لا يَدُلُّ على الرِّضا بإسْقاطِها ، بل لعَلَّه أرادَ البَيْعَ ليَأْخُذَ بالشُّفْعَةِ .

٢٣٩٥ – مسألة : وإن (تَوَكَّلَ) الشَّفِيعُ فى البَيْعِ ، لم تَسْقُطْ شُفْعَتُه بذلك ، سَواءٌ تَوَكَّلَ للبائِعِ أو للمُشْتَرِى . ذَكَرَه الشَّرِيفُ ، وأبو الخَطَّابِ . وهو ظاهِرُ مَذْهَبِ الشافعىِّ . وقال القاضى ، وبعضُ الشافعيَّةِ : إن كان وَكِيلَ البائِعِ ، فلا شُفْعَةَ له ؛ لأنَّه تَلْحَقُه التُّهْمَةُ فى البَيْعِ ؛ لكَوْنِه يَقْصِدُ تَقْلِيلَ الثَّمَنِ ليَأْخُذَ به ، بخِلافِ المُشْتَرِى . وقال أصحابُ الرَّأْىِ : لا شُفْعَةَ لوَكِيلِ المُشْتَرِى . بناءً على أصْلِهم أنَّ المِلْكَ يَنْتَقِلُ إلى الوَكِيلِ ، فلا يَسْتَحِقُّ على نَفْسِه . ولَنا ، أنَّه وَكِيلٌ ، فلا تَسْقُطُ شُفْعَتُه ، كالآخَرِ[1] ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ المِلْكَ يَنْتَقِلُ إلى الوَكِيلِ ، بل يَنْتَقِلُ إلى المُوَكِّلِ ، ثم لو انْتَقَلَ إلى الوَكِيلِ ، لَما ثَبَت فى مِلْكِه ، إنَّما يَنْتَقِلُ فى الحالِ إلى المُوَكِّلِ ، فلا يكونُ الأخْذُ مِن نَفْسِه ، ولا الاسْتِحْقاقُ عليها . وأمّا التُّهْمَةُ فلا تُؤَثِّرُ ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ وَكَّلَه مع عِلْمِه بثُبُوتِ شُفْعَتِه راضِيًا بتَصَرُّفِه ، فلم يُؤَثِّرْ ، كما لو وَكَّلَه فى الشِّراءِ مِن نَفْسِه . فعلى هذا ، لو قال

الإنصاف قوله : وإنْ دَلَّ فى البَيْعِ ، أو تَوَكَّلَ لأحَدِ المُتَبايِعَيْن ، فهو على شُفْعَتِه . [2]وإنْ دلَّ فى البَيْعِ ، أى صارَ دَلَّالًا ؛ وهو السَّفِيرُ فى البَيْعِ ، فهو على شُفْعَتِه ، قوْلًا واحِدًا ، وإنْ تَوَكَّلَ لأحَدِ المُتَبايِعَيْن ، فهو على شفْعَتِه[2] أيضًا ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ .

(١) فى م : « كالأجر » .

(٢ – ٢) سقط من : الأصل .

المقنع

أَوْ جَعَلَ لَهُ الْخِيَارَ فَاخْتَارَ إِمْضَاءَ الْبَيْعِ ، فَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ .

الشرح الكبير

لشَرِيكِه : بِعْ نِصْفَ نَصِيبِى مع نِصْفِ نَصِيبِكَ . ففَعَلَ ، ثَبَتَتِ الشُّفْعَةُ لكلِّ واحدٍ منهما فى المَبِيعِ مِن نَصِيبِ صاحِبِه . وعندَ القاضى : تَثْبُتُ فى نَصِيبِ الوَكِيلِ دُونَ نَصِيبِ المُوَكِّلِ .

٢٣٩٦ – مسألة : وإن (جَعَلَ [٥/١٢١ ظ] له الخِيارَ فاخْتارَ إمْضاءَ البَيْعِ ، فهو على شُفْعَتِه) إذا شَرَط للشَّفِيعِ الخِيارَ فاخْتارَ إمْضاءَ العَقْدِ ، أو ضَمِن العُهْدَةَ للمُشْتَرِى ، فالشُّفْعَةُ بحَالِها . وبه قال الشافعىُّ . وقال

الإنصاف

جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه الشَّرِيفُ وغيرُه . قال الحارِثِىُّ : قال الأصحابُ : لا تبْطُلُ شُفْعَتُه . منهم ؛ القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وغيرُه . قال فى « الفُروعِ » : لا تسْقُطُ بتَوْكِيلِه فى الأصحِّ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونصَراه . وقيل : تسْقُطُ الشُّفْعَةُ بذلك . وقيل : لا تسْقُطُ ، إذا كان وَكِيلًا للبائعِ . وقيل : لا تسْقُطُ ، إذا كان وَكِيلًا للمُشْتَرِى . اخْتارَه القاضى . قالَه المُصَنِّفُ . قال الحارِثِىُّ : وحِكايَةُ القاضى يَعْقُوبَ ، عدَمُ السُّقوطِ . وكذا هو فى « المُجَرَّدِ » وغيرِه . وهذا وأمْثالُه غَرِيبٌ مِنَ الحارِثِىِّ ، فإنَّه إذا لم يطَّلِعْ على المَكانِ الذى نقَل منه المُصَنِّفُ ، تكَلَّم فى ذلك ، واعْتَرَض على المُصَنِّفِ ، وهذا غيرُ لائقٍ ؛ فإنَّ المُصَنِّفَ ثِقَةٌ ، والقاضى وغيرُه له أقْوالٌ كثيرةٌ فى كُتُبِه ، وقد تكونُ فى غيرِ أماكِنِها . وقد تقدَّم له نَظِيرُ ذلك فى مَسائِلَ . قال الحارِثِىُّ : ومِنَ الأصحابِ مَن قال فى صُورَةِ البَيْعِ : ينْبَنِى على اخْتِلافِ الرِّوايَةِ فى الشِّراءِ مِن نَفْسِه ؛ إنْ قُلْنا : لا . فلا شُفْعَةَ . وإنْ قُلْنا : نعَم . فنعَم .

المقنع وَإِنْ أَسْقَطَ شُفْعَتَهُ قَبْلَ الْبَيْعِ ، لَمْ تَسْقُطْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَسْقُطَ .

الشرح الكبير أصحابُ الرَّأْيِ : تَسْقُطُ ؛ لأنَّ العَقْدَ تَمَّ به ، فأشْبَهَ البائعَ إذا باعَ بعضَ نَصِيبِ نَفْسِه . ولَنا ، أنَّ هذا سَبَبٌ سَبَقَ وُجُوبَ الشُّفْعَةِ ، فلم تَسْقُطْ به الشُّفْعَةُ ، كالإِذْنِ فى البَيْعِ ، والعَفْوِ عن الشُّفْعَةِ قبلَ تَمامِ البَيْعِ . وما ذَكَرُوه لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ البَيْعَ لا يَقِفُ على الضَّمانِ ، ويَبْطُلُ بما إذا كان المُشْتَرِى شَرِيكًا ، فإنَّ البَيْعَ تَمَّ به ، وثَبَتَتْ له الشُّفْعَةُ بقَدْرِ نَصِيبِه .

٢٣٩٧ - مسألة : (وإن أسْقَطَ شُفْعَتَه قبلَ البَيْعِ ، لم تَسْقُطْ . ويَحْتَمِلُ أن تَسْقُطَ) إذا عَفَا الشَّفِيعُ عن الشُّفْعَةِ قبلَ البَيْعِ ، فقال : قد أذِنْتُ فى البَيْعِ . أو : أسْقَطْتُ شُفْعَتِى . أو ما أشْبَهَ ذلك ، لم تَسْقُطْ ، وله المُطالَبَةُ بها ، فى ظاهِرِ المَذْهَبِ . وبه قال مالكٌ ، والشافعىُّ ، والبَتِّىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وعن أحمدَ ما يَدُلُّ على أنَّ الشُّفْعَةَ تَسْقُطُ بذلك ؛ فإنَّ إسماعيلَ بنَ سعيدٍ قال : قُلْتُ لأحمدَ : ما مَعْنَى قولِ النبىِّ ﷺ : « مَنْ كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخِيه رَبْعَةٌ فَأَرادَ بَيْعَهَا ، فَلْيَعْرِضْهَا عَلَيْهِ »[1] . وقد جاء فى بعضِ الحديثِ : « لَا يَحِلُّ لَهُ إِلَّا أَنْ يَعْرِضَها عَلَيْهِ » . إذَا كَانَتِ الشُّفْعَةُ ثابتةً له[2] ؟ فقال : ما هو ببَعِيدٍ مِن أن يكونَ على ذلك ، وأن لا تكونَ

الإنصاف قوله : وإنْ أسْقَطَ الشُّفْعَةَ قبلَ البَيْعِ ، لم تسْقُطْ . هذا المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ،

---

(١) أخرجه بنحوه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣١٢/٣ ، ٣١٦ ، ٣٩٧ .

(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

له شُفعةٌ . وهذا قولُ الحَكَمِ ، والثَّورِىِّ ، وأبى خَيْثَمةَ ، وطائفةٍ مِن أهْلِ الحَدِيثِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : وقد اختُلِفَ فيه عن أحمدَ ، فقال مَرَّةً: تَبْطُلُ شُفْعَتُه . وقال مَرَّةً : لا تَبْطُلُ . واحْتَجُّوا بقَوْلِ النبىِّ ﷺ: « مَنْ كَانَ لَهُ شَرِكَةٌ فِى أَرْضٍ ؛ رَبْعَةٍ أَوْ حَائِطٍ ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ »[1] . ومُحَالٌ أن يَقُولَ النبىُّ ﷺ : « وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ » . فلا يَكُونُ لتَرْكِه مَعْنًى . ولأنَّ مَفْهُومَ قَوْلِه : « فَإِنْ بَاعَ وَلَمْ يُؤْذِنْه فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » . أنَّه إذا باعَه بإذْنِه لا حَقَّ له . ولأنَّ الشُّفْعَةَ ثَبَتَتْ فى مَوْضِعِ الاتِّفاقِ على خِلافِ الأصْلِ ؛ لكَوْنِه يَأْخُذُ مِلْكَ المُشْتَرِى بغيرِ رِضَاه ، ويُجْبِرُه على المُعاوَضَةِ به لدُخُولِه مع البائعِ [2]فى العَقْدِ[2] الذى أساءَ فيه بإدْخالِه الضَّرَرَ على شَرِيكِه ، وتَرْكِه الإحْسانَ إليه فى عَرْضِه[3] عليه . وهذا [٥/١٢٢ و] المعنى مَعْدُومٌ هٰهُنا ، فإنَّه قد عَرَضَه عليه ، وامْتِناعُه مِن أخْذِه دَلِيلٌ على عَدَمِ الضَّرَرِ فى حَقِّه ببَيْعِه ، فإن كان

الإنصاف

و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، وغيرِهم . قال الزَّرْكَشِىُّ : عليه الأصحابُ . ويَحْتَمِلُ أنْ تَسْقُطَ . وهو رِوايَةٌ عن أحمدَ . ذكَرها أبو بَكْرٍ فى « الشَّافِى » . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، وصاحِبُ « الفائقِ » . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « القواعِدِ » .

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٥٧ .
(٢ – ٢) سقط من : الأصل .
(٣) فى م : « عوضه » .

المقنع

وَإِنْ تَرَكَ الْوَلِيُّ شُفْعَةً لِلصَّبِيِّ فِيهَا حَظٌّ ، لَمْ تَسْقُطْ ، وَلَهُ الْأَخْذُ بِهَا إِذَا كَبِرَ ، وَإِنْ تَرَكَهَا لِعَدَمِ الْحَظِّ فِيهَا ، سَقَطَتْ . ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَحْتَمِلُ أَلَّا تَسْقُطَ .

الشرح الكبير

فيه ضَرَرٌ ، فهو أدْخَلَه على نَفْسِه ، فلا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ ، كما لو أخَّرَ المُطالَبَةَ بعدَ البَيْعِ . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّه إسْقاطُ حَقٍّ قبلَ وُجُوبِه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو أبْرَأه مِمّا يَجِبُ له ، أو لو أسْقَطَتِ المَرْأةُ صَداقَها قبلَ التَّزْوِيجِ ، وأمّا الخَبَرُ ، فيَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ العَرْضَ عليه ليَبْتاعَ ذلك إن أرادَ ، فتَخِفَّ عليه المُؤْنَةُ ويَكْتَفِيَ بأخْذِ المُشْتَرِى الشِّقْصَ ، لا إسْقاطَ حَقِّه مِن شُفْعَتِه .

٢٣٩٨ - مسألة : (وإن تَرَكَ الوَلِيُّ شُفْعَةً للصَّبِيِّ فيها حَظٌّ ، لم تَسْقُطْ ، وله الأخْذُ بها إذا كَبِرَ ، وإن تَرَكَها لعَدَمِ الحَظِّ فيها ، سَقَطَتْ . ذَكَرَه ابنُ حامِدٍ . وقال القاضِى : يَحْتَمِلُ أن لا تَسْقُطَ) إذا بِيعَ فى شَرِكَةِ الصَّغِيرِ شِقْصٌ ، ثَبَتَتْ له الشُّفْعَةُ فى قولِ عامَّةِ الفُقَهاءِ ؛ منهم ، الحسنُ ،

الإنصاف

قوله : وإنْ تَرَكَ الوَلِيُّ شُفْعَةً للصَّبِيِّ فيها حَظٌّ ، لم تَسْقُطْ ، وله الأخْذُ بها ، إذا كَبِرَ ، وإنْ تَرَكَها لعَدَمِ الحَظِّ فيها ، سقَطَتْ . هذا أحدُ الوُجوهِ . اخْتارَه ابنُ حامِدٍ ، والشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . وقدَّمه فى « النَّظْمِ » . قال الحارِثِيُّ : هذا ما قالَه الأصحابُ . قال الزَّرْكَشِيُّ : اخْتارَه ابنُ حامدٍ ، وتَبِعَه القاضى ، وعامَّةُ أصحابِه . وقيل : تسْقُطُ مُطْلَقًا ، [٢٠٩/٢و] وليس للوَلَدِ الأخْذُ ، إذا كَبِرَ . اخْتارَه ابنُ بَطَّةَ ، وكان يُفْتِى به . نقَلَه عنه أبو حَفْصٍ . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » . وقيل : لاتسْقُطُ مُطْلَقًا ، وله

الشرح الكبير

وعَطَاءٌ ، ومالكٌ ، والأوْزاعِىُّ ، والشافعىُّ ، وسَوَّارٌ ، والعَنْبَرِىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وقال ابنُ أبى لَيْلَى : لا شُفْعَةَ له . ورُوِىَ ذلك عن النَّخَعِىِّ ، والحارثِ العُكْلِىِّ ؛ لأنَّ الصَّبِىَّ لا يُمْكِنُه الأخْذُ ، ولا يُمْكِنُ انْتِظارُه حتى يَبْلُغَ ؛ لِما فيه مِن الإِضْرارِ بالمُشْتَرِى ، وليس للوَلِىِّ الأخْذُ ؛ لأنَّ مَن لا يَمْلِكُ العَفْوَ لا يَمْلِكُ الأخْذَ ، كالأجْنَبِىِّ . ولَنا ، عُمُومُ الأحَادِيثِ ، ولأنَّه خِيارٌ جُعِلَ لإزالَةِ الضَّرَرِ عن المالِ ، فثَبَتَ فى حَقِّ الصَّبِىِّ ، كخِيارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . قولُهم : لا يُمْكِنُ الأخْذُ . مَمْنُوعٌ ؛ فإنَّ الوَلِىَّ يأْخُذُ بها كما يَرُدُّ بالعَيْبِ . قولُهم : لا يُمْكِنُه العَفْوُ . يَبْطُلُ بالوَكِيلِ فيها ، وبالرَّدِّ بالعَيْبِ ، فإنَّ وَلِىَّ الصَّبِىِّ لا يُمْكِنُه العَفْوُ ، ويُمْكِنُه الرَّدُّ . ولأنَّ فى الأخْذِ تَحْصِيلًا للمِلْكِ للصَّبِىِّ ، ونظرًا له ، وفى العَفْوِ تَضْييعٌ وتَفْرِيطٌ فى حَقِّه ، ولا يَلْزَمُ مِن مِلْكِ ما فيه الحَظُّ مِلْكُ ما فيه تَضْيِيعٌ ، ولأنَّ العَفْوَ إسْقاطٌ لحَقِّه ، والأخْذَ اسْتِيفاءٌ له ، ولا يَلْزَمُ مِن مِلْكِ الوَلِىِّ اسْتِيفاءَ

الإنصاف

الأخْذُ بها ، إذا كَبِرَ . وهو المذهبُ ، نصَّ عليه ، وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . قال فى « المُحَرَّرِ » : اخْتارَه الخِرَقِىُّ . قال فى « الخُلاصَةِ » : وإذا عَفا وَلِىُّ الصَّبِىِّ عن شُفْعَتِه ، لم تَسْقُطْ . وقدَّمَه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفائقِ » . قال الحارِثِىُّ : هذا المذهبُ عندِى ، وإنْ كان الأصحابُ على خِلافِه ؛ لنَصِّه فى خُصوصِ المَسْأَلَةِ ، على ما بيَّنَّا . قال فى « الفُروعِ » : فنَصُّه ، لا تَسْقُطُ . وقيل : بلى . وقيل : مع عدَمِ الحَظِّ . وأطْلَقَهُنَّ الزَّرْكَشِىُّ .

فوائد ؛ منها ، لو بِيعَ شِقْصٌ فى شَرِكَةِ حَمْلٍ ، فالأَخْذُ له مُتَعَذِّرٌ ؛ إذْ لا يدْخُلُ فى مِلْكِه بذلك . قالَه الحارِثِىُّ ، وقدَّمه . قال فى « القاعِدَةِ الرَّابِعَةِ والثَّمانِين » :

الشرح الكبير

حَقِّ المُوَلَّى عليه مِلْكُ إسْقاطِه ، بدَلِيلِ سائِرِ حُقُوقِه ودُيُونه . فإن لم يَأْخُذِ الوَلِيُّ ، انْتُظِرَ بُلُوغُ الصَّبِيِّ ، كما يُنْتَظَرُ قُدُومُ الغائِبِ . وبه يَبْطُلُ ما ذَكَرُوه مِن الضَّرَرِ فى الانْتِظارِ . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّ الصَّغِيرَ إذا كَبِر فله الأخْذُ بها ، فى ظاهِرِ قَوْلِ الخِرَقِىِّ ، سَواءٌ عَفَا عنها الوَلِىُّ أو لم يَعْفُ ، وسَواءٌ كان الحَظُّ فى الأخْذِ بها أو فى تَرْكِها . وهو ظاهِرُ [١٢٢/٥ ظ] كلامِ أحمدَ ، فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ . وهذا قولُ الأوْزاعِىِّ ، وزُفَرَ ، ومحمدِ بنِ الحَسَنِ . وحَكَاه بعضُ أصحابِ الشافعىِّ عنه ؛ لأنَّ المُسْتَحِقَّ للشُّفْعَةِ يَمْلِكُ الأخْذَ بها ، سَواءٌ كان له الحَظُّ فيها أو لم يَكُنْ[1] ، فلم تَسْقُطْ بتَرْكِ غيرِه ، كالغائِبِ إذا تَرَك وَكِيلُه الأخْذَ بها . وقال ابنُ حامِدٍ : إن تَرَكَها الوَلِىُّ لحَظِّ الصَّبِىِّ ، أو لأنَّه ليس للصَّبِىِّ ما يَأْخُذُها به ، سَقَطَتْ . وهو ظاهِرُ مَذْهَبِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ الوَلِىَّ فَعَل ما له فِعْلُه ، فلم يَجُزْ للصَّبِىِّ نَقْضُه ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ ، ولأنَّه

الإنصاف

ومنها ، الأخْذُ للحَمْلِ بالشُّفْعَةِ ، إذا ماتَ مُوَرِّثُه بعدَ المُطالَبَةِ ، قال الأصحابُ : لا يُؤْخَذُ له ، ثم منهم مَن علَّلَ بأنَّه لا يتَحَقَّقُ وُجودُه ، ومنهم مَن علَّلَ بانْتِفاءِ مِلْكِه . قال : ويتَخَرَّجُ وَجْهٌ آخَرُ بالأخْذِ له بالشُّفْعَةِ ؛ بِناءً على أنَّ له حُكْمًا ومِلْكًا . انتهى . وقال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : إذا وُلِدَ وكَبِرَ ، فله الأخْذُ ، إذا لم يأْخُذْ له الوَلِىُّ ، كالصَّبِىِّ . ومنها ، لو أخذَ الوَلِىُّ بالشُّفْعَةِ ، ولا حظَّ فيها ، لم يصِحَّ الأخْذُ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ والرِّوايتَيْن ، وإلَّا اسْتقَرَّ أخْذُه . ومنها ، لو كان الأخْذُ أحَظَّ للوَلَدِ ، لَزِمَ وَلِيَّه الأخْذُ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقطَع به فى

---

(١) فى م : « يمكن » .

الشرح الكبير

فَعَل ما للصّبىّ فيه حَظٌّ ، فصَحَّ ، كالأخذِ مع الحَظِّ . وإن ترَكَها لغيرِ ذلك ، لم تَسْقُطْ . وقال أبو حنيفةَ : تَسْقُطُ بعَفْوِ الوَلِىِّ عنها فى الحالَيْنِ ؛ لأنَّ مَن مَلَك الأخذَ بها مَلَك العَفْوَ عنها ، كالمالِكِ . وخالَفه صاحِبَاه فى هذا ؛ لأنَّه أسْقَطَ حَقًّا للمُوَلَّى عليه ، ولا حَظَّ له فى إسْقاطِه ، فلم يَصِحَّ ، كالإبراءِ ، وخِيارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . ولا يَصِحُّ قِياسُ الوَلِىِّ على المالِكِ ؛ لأنَّ للمالِكِ التَّبَرُّعَ والإبراءَ وما لا حَظَّ له فيه ، بخِلافِ الوَلِىِّ .

الإنصاف

« الهِدايَةِ »، و « المُذْهَبِ »، و « المُسْتَوْعِبِ »، و « الخُلاصَةِ »، وغيرِهم ، ذكَرُوه فى آخرِ بابَ الحَجْرِ . قال الحارِثِىُّ : عليه الأصحابُ . وقال الزَّرْكَشِىُّ : وقال غيرُ المُصَنِّفِ : له الأخْذُ مِن غيرِ لُزومٍ . وكأنَّه لم يطَّلِعْ على ما قالُوه فى الحَجْرِ ، فى المَسْأَلَةِ بخُصُوصِها . وعلى كِلا القَوْلَيْن يسْتَقِرُّ أخْذُه ، ويَلْزَمُ فى حقِّ الصَّبِىِّ . ولو ترَكَها الوَلِىُّ مصْلَحَةً ؛ إمَّا لأنَّ الشِّراءَ وقَع بأكثَرَ مِنَ القِيمَةِ ، أو لأنَّ الثَّمَنَ يُحْتاجُ إلى إنْفاقِه أو صَرْفِه فيما هو أهَمُّ ، أو لأنَّ مَوْضِعَه لا يُرْغَبُ فى مِثْلِه ، أو لأنَّ أخْذَه يُؤَدِّى إلى بَيْعِ ما إبْقاؤُه أوْلَى ، أو إلى اسْتِقْراضِ ثَمَنِه ، ورَهْنِ مالِه ، أو إلى ضَرَرٍ وفِتْنَةٍ ، ونحوِ ذلك ، فالتَّرْكُ مُتَعَيِّنٌ . وهل يسْقُطُ به الأخْذُ عندَ البُلوغِ ، وهو مقْصودُ المَسْأَلَةِ ؟ قال المُصَنِّفُ ، عن ابنِ حامدٍ : نعَم . واخْتارَه ابنُ بَطَّةَ ، وأبو الفَرَجِ الشِّيرازِىُّ ، ومالَ إليه فى « المُسْتَوْعِبِ » . قال ابنُ عَقِيلٍ : وهو أصحُّ عندِى . قال فى « الفُروعِ » : لم يصِحَّ على الأصحِّ . قال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : ويحْتَمِلُ عدَمَ السُّقُوطِ . ومالَ إليه ، وقال : هو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ . وقال أبو بَكْرٍ فى « التَّنْبِيهِ » : يُحْكَمُ للصَّغيرِ بالشُّفْعَةِ ، إذا بلَغ . ونحْوُه عِبارَةُ ابنِ أبِى مُوسى ، وتقدَّم مَعْنَى ذلك قبلَ ذلك . ومنها ، لو عَفا الوَلِىُّ عن

الشرح الكبير

فصل : فأمَّا الوَلِىُّ ، فإن كان للصَّبِىِّ حَظٌّ فى الأخْذِ بها ، مثلَ أن يكونَ الشِّراءُ رَخِيصًا ، أو بثَمَنِ المِثْلِ ، وللصَّبِىِّ ما يَشْتَرِى به العَقَارَ ، لَزِم وَلِيَّه الأخْذُ بالشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ عليه الاحْتِياطَ له ، والأخْذَ بما فيه الحَظُّ ، فإذا أخَذَ بها ، ثَبَت المِلْكُ للصَّبِىِّ ، ولم يَمْلِكْ نَقْضَه بعدَ البُلوغِ ، فى قولِ مالِكٍ ، والشافعىِّ ، وأصحابِ الرَّأْىِ . وقال الأوْزاعِىُّ : ليس للوَلِىِّ الأخْذُ بها ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ العَفْوَ عنها ، ولا يَمْلِكُ الأخْذَ بها ، كالأجْنَبِىِّ ، وإنَّما يَأْخُذُ بها الصَّبِىُّ إذا كَبِرَ . وهذا لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه خِيَارٌ جُعِلَ لإزالَةِ الضَّرَرِ عن المالِ ، فمَلَكَه الوَلِىُّ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ . وقد ذَكَرْنا فسادَ قِياسِه فيما مَضَى . فإن تَرَكَها الوَلِىُّ مع الحَظِّ للصَّبِىِّ ، فللصَّبِىِّ الأخْذُ بها إذا كَبِر ، ولا يَلْزَمُ الوَلِىَّ غُرْمٌ لذلك ؛ لأنَّه لم يُفَوِّتْ شيئًا مِن مالِه ، وإنَّما تَرَك تَحْصِيلَ ما له الحَظُّ فيه ، فأشْبَهَ ما لو تَرَكَ شِراءَ العَقَارِ له مع الحَظِّ فى شِرائِه ، وإن كان الحَظُّ فى تَرْكِها ، مثلَ أن يكونَ المُشْتَرِى قد غُبِنَ ، أو كان فى الأخْذِ بها يَحْتاجُ إلى أن يَسْتَقْرِضَ ويَرْهَنَ مالَ الصَّبِىِّ ، فليس له الأخْذُ ؛ [٥/١٢٣ و] لأنَّه لا يَمْلِكُ فِعْلَ ما لا حَظَّ للصَّبِىِّ فيه . فإن أخَذَ ، لم يَصِحَّ فى إحْدَى

الإنصاف

الشُّفْعَةِ التى فيها حَظٌّ له ، ثم أرادَ أخْذَها ، فله ذلك فى قِياسِ المذهبِ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . قلتُ : فقد يُعايَى بها . ولو أرادَ الوَلِىُّ الأخْذَ فى ثانِى الحالِ ، وليس فيها مصْلَحَةٌ ، لم يمْلِكْه ؛ لاسْتِمْرارِ المانِعِ . وإنْ تجدَّدَ الحظُّ ؛ فإنْ قيلَ بعَدَمِ السُّقوطِ ، أخَذ ؛ لِقيامِ المُقْتَضِى ، وانْتِفاءِ المانِعِ . وإنْ قيلَ بالسُّقوطِ ، لم يأْخُذْ بحالٍ ؛ لانْقِطاعِ الحقِّ بالتَّرْكِ . ذكَرَه المُصَنِّفُ وغيرُه . ومنها ، حُكْمُ وَلِىِّ المَجْنونِ المُطْبِقِ ، والسَّفيهِ ، حُكْمُ وَلِىِّ الصَّغيرِ . قالَه الأصحابُ .

الشرح الكبير

الرِّوَايَتَيْن ، ويكونُ باقِيًا على مِلْكِ المُشْتَرِى ؛ لأنَّه اشْتَرَى له ما لا يَمْلِكُ شِرَاءَه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو اشْتَرَى بزِيادَةٍ كَثِيرَةٍ على ثَمَنِ المِثْلِ ، أو اشْتَرَى مَعِيبًا يَعْلَمُ عَيْبَه ، ولا يَمْلِكُ الوَلِىُّ المَبِيعَ ؛ لأنَّ الشُّفْعَةَ تُؤْخَذُ بحَقِّ الشَّرِكَةِ ، ولا شَرِكَةَ للوَلِىِّ ، ولذلك لو أرادَ الأخْذَ لنَفْسِه لم يَصِحَّ ، فأشْبَهَ ما لو تَزَوَّجَ لغيرِه بغيرِ إذْنِه ، فإنَّه يَقَعُ باطِلًا ، ولا يَصِحُّ لواحِدٍ منهما ، كذا هٰهُنا . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . والثانيةُ ، يَصِحُّ الأخْذُ للصَّبِىِّ ؛ لأنَّه اشْتَرَى له ما يَنْدَفِعُ عنه الضَّرَرُ به ، فصَحَّ ، كما لو اشْتَرَى مَعِيبًا لا يَعْلَمُ عَيْبَه ، والحَظُّ يَخْتَلِفُ ويَخْفَى ، فقد يكونُ له حَظٌّ فى الأخْذِ بأكْثَرَ مِن ثَمَنِ المِثْلِ ، لزِيادَةِ قِيمَةِ مِلْكِه والشِّقْصِ الذى يَشْتَرِيه بزَوَالِ الشَّرِكَةِ ، أو لأنَّ الضَّرَرَ الذى يَنْدَفِعُ بأخْذِه كَثِيرٌ ، فلا يُمْكِنُ اعْتِبارُ الحَظِّ بنَفْسِه لخفائِه ، ولا بكَثْرَةِ الثَّمَنِ ؛ لما ذَكَرْناه ، فسَقَطَ اعْتِبارُه ، وصَحَّ البَيْعُ .

الإنصاف

تنبيه : المُطْبِقُ ؛ هو الذى لا تُرْجَى إفاقَتُه . حكاه ابنُ الزَّاغُونِىِّ ، وقال : هو الأشْبَهُ بالصِّحَّةِ ، وبأُصُولِ المذهبِ ؛ لأنَّ شُيوخَنا الأوائِلَ قالُوا فى المَعْضُوبِ الذى يُجْزِئُ أنْ يُحَجَّ عنه : هو الذى لا يُرْجَى بُرْؤُه . وحُكِىَ عن قَوْمٍ تحْديدُ المُطْبِقِ بالحَوْلِ فما زادَ ؛ قِياسًا على ترَبُّصِ العُنَّةِ ، وعن قَوْمٍ ، التَّحْديدُ بالشَّهْرِ ، وما نقَص مُلْحَقٌ بالإغْماءِ . ذكَر ذلك الحارِثِىُّ . ومنها ، حُكْمُ المُغْمَى عليه ، والمَجْنونِ غيرِ المُطْبِقِ ، حُكْمُ المَحْبوسِ ، والغائبِ ، يُنْتَظَرُ إفاقَتُهما . ومنها ، للمُفْلِسِ الأخْذُ بها ، والعَفْوُ عنها ، وليس للغُرَماءِ إجْبارُه على الأخْذِ بها ، ولو كان فيها حَظٌّ . قطَع به المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما . قال الحارِثِىُّ : ويتَخَرَّجُ مِن إجْبارِه على التَّكَسُّبِ ، إجْبارُه على الأخْذِ ، إذا كان أحَظَّ للغُرَماءِ . انتهى . وليس لهم الأخْذُ

الشرح الكبير

فصل : وإذا باعَ وَصِيُّ الأيْتامِ ، فباعَ[1] لأحَدِهم نَصِيبًا فى شَرِكَةِ الآخَرِ ، فله الأخْذُ للآخَرِ بالشُّفْعَةِ ؛ لأنَّه كالشِّراءِ له . وإن كان الوَصِيُّ شَرِيكًا لمَن باعَ عليه ، فليس له الأخْذُ ؛ للتُّهْمَةِ فى البَيْعِ ، ولأنَّه بمَنْزِلَةِ مَن يَشْتَرِى لنَفْسِه مِن مالِ يَتِيمِه . ولو باعَ الوَصِيُّ نَصِيبَه ، كان له الأخْذُ لليَتِيمِ بالشُّفْعَةِ مع الحَظِّ لليَتِيمِ ؛ لأنَّ التُّهْمَةَ مُنْتَفِيَةٌ ، فإنَّه لا يَقْدِرُ على الزِّيادَةِ فى ثَمَنِه ؛ لكَوْنِ المُشْتَرِى لا يُوافِقُه ، ولأنَّ الثَّمَنَ حاصِلٌ له مِن المُشْتَرِى ، كحُصُولِه مِن اليَتِيمِ ؛ بخِلافِ بَيْعِه مالَ اليَتِيمِ ، فإنَّه يُمْكِنُه تَقْلِيلُ الثَّمَنِ لِيَأْخُذَ الشِّقْصَ به ، فإن رُفِعَ الأمْرُ إلى الحاكِمِ فباعَ عليه ، فللْوَصِىِّ الأخْذُ حِينَئِذٍ ؛ لعَدَمِ التُّهْمَةِ ، فإن كان مكانَ الوَصِيِّ أبٌ فباعَ شِقْصَ ولدِه ، فله الأخْذُ بالشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ له أن يَشْتَرِىَ مِن نفسِه مالَ ولدِه ؛ لعَدَمِ التُّهْمَةِ . وإن بِيعَ شِقْصٌ فى شَرِكَةِ حَمْلٍ ، لم يَكُنْ لوَلِيِّه الأخْذُ له بالشُّفْعَةِ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ تَمْلِيكُه بغيرِ الوَصِيَّةِ . فإذا وُلِدَ الحَمْلُ ثم كَبِر ، فله الأخْذُ بالشُّفْعَةِ ، كالصَّبِىِّ إذا كَبِرَ .

فصل : وإذا عَفَا وَلِىُّ الصَّبِىِّ عن شُفْعَتِه التى له فيها حَظٌّ ، ثم أرادَ الأخْذَ بها ، [٥/١٢٣ ظ] فله ذلك ، فى قياسِ المَذْهَبِ ؛ لأنَّها لم تَسْقُطْ

الإنصاف

بها . ومنها ، للمُكاتَبِ الأخْذُ والتَّرْكُ ، وللمَأْذُونِ له مِنَ العَبِيدِ الأخْذُ دونَ التَّرْكِ ، وإنْ عَفا السَّيِّدُ ، سقَطَتْ . ويأْتِى آخِرَ البابِ ، هل يأْخُذُ السَّيِّدُ بالشُّفْعَةِ مِنَ المُكاتَبِ والعَبْدِ المَأْذُونِ له ؟

---

(١) زيادة من : م .

الشرح الكبير

بإسْقاطِه ، ولذلك مَلَك الصَّبِيُّ الأَخْذَ بها إذا كَبِر ، ولو سقَطَتْ لم يَمْلِكِ الأَخْذَ بها . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ الأَخْذَ بها ؛ لأَنَّ ذلك يُؤَدِّى إلى ثُبوتِ حَقِّ الشُّفْعَةِ على التَّراخِى ، وذلك على خِلافِ الخَبَرِ والمَعْنَى . ويُخالِفُ أَخْذَ الصَّبِيِّ بها إذا كَبِر ؛ لأَنَّ الحَقَّ يَتَجَدَّدُ له عندَ كِبَرِه ، فلا يمْلِكُ تأْخِيرَه حينئذٍ ، وكذلك أَخْذُ الغائبِ بها إذا قَدِم . فأَمَّا إن تركها لعدمِ الحَظِّ فيها ، ثم أراد الأَخْذَ بها ، والأمرُ بحالِه ، لم يَمْلِكْ ذلك ، كما لم يَمْلِكْه ابْتداءً . وإن صارَ فيها حَظٌّ ، أو كان مُعْسِرًا عندَ البَيْعِ ، فأَيْسَرَ بعدَ ذلك ، انْبَنَى ذلك على سُقُوطِها بذلك ، فإن قُلْنا : لا تَسْقُطُ ، وللصَّبِيِّ الأَخْذُ بها إذا كَبِر . فحُكْمُها حُكْمُ ما فيه الحَظُّ . وإن قُلْنا : تَسْقُطُ . فليس له الأَخْذُ بها بحالٍ ؛ لأَنَّها قد سَقَطَتْ مُطْلَقًا ، فهو كما لو عَفَا الكَبِيرُ عن شُفْعَتِه .

فصل : والحُكْمُ فى المَجْنونِ المُطْبِقِ كالحُكْمِ فى الصَّبِيِّ سَواءً ؛ لأَنَّه مَحْجُورٌ عليه لحَظِّه ، وكذلك السَّفيهُ ، فأَمَّا المُغْمَى عليه ، فحُكْمُه حُكْمُ الغائِبِ ؛ لأَنَّه لا وِلايَةَ عليه ، وكذلك المَحْبُوسُ ، فعلى هذا ، نَنْتَظِرُ إفاقَتَه . وأَمَّا المُفْلِسُ فله الأَخْذُ بالشُّفْعَةِ والعَفْوُ عنها ، وليس لغُرَمائِه الأَخْذُ بها ؛ لأَنَّها مُعاوَضَةٌ فلا يُجْبَرُ عليها ، كسائِرِ المُعاوَضاتِ . وليس لهم إجْبارُه على العَفْوِ ؛ لأَنَّه إسْقاطُ حَقٍّ ، فلا يُجْبَرُ عليه[1] . وسَواءٌ كان له حَظٌّ فى الأَخْذِ بها أو لم يَكُنْ ؛ لأَنَّه يَأْخُذُ فى ذِمَّتِه ، وليس بمَحْجُورٍ عليه فى ذِمَّتِه ،

الإنصاف ....

(١) سقط من : م .

المقنع

فَصْلٌ : [١٤٣ظ] الرَّابِعُ ، أَنْ يَأْخُذَ جَمِيعَ الْمَبِيعِ ، فَإِنْ طَلَبَ أَخْذَ الْبَعْضِ ، سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ .

الشرح الكبير

لكن لهم مَنْعُه مِن دَفْعِ مالِه فى ثَمَنِها ؛ لتَعَلُّقِ حُقُوقِهم بمالِه ، فأشْبَهَ ما لو اشْتَرَى فى ذِمَّتِه شِقْصًا غيرَ هذا . ومتى مَلَكَ الشِّقْصَ المَأْخُوذَ بالشُّفْعَةِ ، تَعَلَّقَتْ حُقُوقُ الغُرَماءِ به ، سَواءٌ أخَذَه برِضَاهُم أو بغيرِه ؛ لأنَّه مالٌ له ، فأشْبَهَ ما لو اكْتَسَبَه . وأمّا المُكاتَبُ ، فله الأخْذُ والتَّرْكُ ، وليس لسَيِّدِه الاعْتِراضُ عليه ؛ لأنَّ التَّصَرُّفَ يَقَعُ له دُونَ سَيِّدِه . وكذلك المَأْذُونُ له فى التِّجارَةِ مِن العَبِيدِ ، له الأخْذُ بالشُّفْعَةِ ؛ لأنَّه مَأْذُونٌ له فى الشِّراءِ ، وإن عَفَا عنها لم يَنْفُذْ عَفْوُه ؛ لأنَّ المِلْكَ للسَّيِّدِ ، ولم يَأْذَنْ فى إبْطالِ حُقُوقِه . فإن أسْقَطَها السَّيِّدُ ، سَقَطَتْ ، ولم يَكُنْ للعَبْدِ أن يَأْخُذَ ؛ [٥/١٢٤ و] لأنَّ للسَّيِّدِ الحَجْرَ عليه ، ولأنَّ الحَقَّ قد أسْقَطَه مُسْتَحِقُّه ، فسَقَطَ بإسْقاطِه .

فصل : الشرطُ (الرابعُ ، أن يَأْخُذَ جميعَ المَبِيعِ ، فإن طَلَب أخْذَ البَعْضِ ، سَقَطَتْ شُفْعَتُه) وبه قال محمدُ بنُ الحَسَنِ ، وبعضُ أصحابِ الشافعىِّ . وقال أبو يُوسُفَ : لا تَسْقُطُ ؛ لأنَّ طَلَبَه لبَعْضِها طَلَبٌ لجَمِيعِها ؛ لكَوْنِه لا يَتَبَعَّضُ ، ولا يَجُوزُ أخْذُ بَعْضِها . ولَنا ، أنَّه تارِكٌ لطَلَبِ بعضِها ، فتَسْقُطُ ، ويَسْقُطُ باقِيها ؛ لأنَّها لاتَتَبَعَّضُ ، ولا يَصِحُّ ما

الإنصاف

فائدة : قولُه : الشَّرْطُ الرَّابعُ ، أنْ يأْخُذَ جميعَ المَبِيعِ . قال الحارِثِىُّ : هذا الشَّرْطُ كالذى قبلَه ، مِن كَوْنِه ليس شرْطًا لأصْلِ اسْتِحْقاقِ الشُّفْعَةِ ؛ فإنَّ أخْذَ الجميعِ أمْرٌ يتَعَلَّقُ بكَيْفِيَّةِ الأخْذِ ، والنَّظَرُ فى كَيْفِيَّةِ الأخْذِ فَرْعُ اسْتِقْرارِه ، فيَسْتَحِيلُ جَعْلُه شَرْطًا لثُبوتِ [٢/٢٠٩ظ] أصْلِه . قال : والصَّوابُ ، أنْ يُجْعَلَ شَرْطًا

المقنع

فَإِنْ كَانَا شَفِيعَيْنِ ، فَالشُّفْعَةُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ مِلْكَيْهِمَا . وَعَنْهُ ، عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ .

الشرح الكبير

ذَكَرَه ؛ فإنَّ طَلَبَ بعضِها ليس بطَلَبِ جَمِيعِها ، وما لا يَتَبَعَّضُ لا يَثْبُتُ حتى يَثْبُتَ السَّبَبُ فى جَمِيعِه ، كالنِّكاحِ ، بخِلافِ السُّقُوطِ ؛ فإنَّ الجَمِيعَ يَسْقُطُ بوُجُودِ السَّبَبِ فى بعضِه ، كالطَّلاقِ .

فصل : فإن أخذَ الشِّقْصَ بثَمَنٍ مَغْصُوبٍ ، ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، لا تَسْقُطُ شُفعَتُه ؛ لأنَّه بالعَقْدِ اسْتَحَقَّ الشِّقْصَ بمِثْلِ ثَمَنِه فى الذِّمَّةِ ، فإذا عَيَّنَه فيما لا يَمْلِكُه ، سَقَطَ التَّعْيِينُ ، وبَقِيَ الاسْتِحْقاقُ فى الذِّمَّةِ ، أشْبَهَ ما لو أخَّرَ الثَّمَنَ ، أو ما لو اشْتَرَى شَيْئًا آخَرَ ونَقَدَ فيه ثَمَنًا مَغْصُوبًا . والثانى ، يَسْقُطُ ؛ لأنَّ أخْذَه للشِّقْصِ بما لا يَصِحُّ أخْذُه به تَرْكٌ له وإعْراضٌ عنه ، فسَقَطَتِ الشُّفْعَةُ ، كما لو تَرَكَ الطَّلَبَ بها .

٢٣٩٩ - مسألة : (وإن كانا شَفِيعَيْن ، فالشُّفْعَةُ بينَهما على قَدْرِ مِلْكَيْهما . وعنه ، على عَدَدِ الرُّءُوسِ) ظاهِرُ المَذْهَبِ ، أنَّ الشِّقْصَ المَشْفُوعَ إذا أخَذَه الشُّفَعاءُ ، قُسِمَ بينَهم على قَدْرِ أمْلاكِهِم . اخْتارَه أبو

الإنصاف

للاسْتِدامَةِ ، كما فى الذى قبلَه . انتهى .

قوله : فإنْ كانا شَفيعَيْن ، فالشُّفْعَةُ بينَهما على قَدْرِ مِلْكَيْهما . هذا المذهبُ ، نصَّ عليه ، فى رِوايَةِ إسْحاقَ بن مَنْصُورٍ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم : هذا ظاهِرُ المذهبِ . قال الحارِثِىُّ : المذهبُ عندَ الأصحابِ جميعًا ، تَفاوُتُ الشُّفْعَةِ بتَفاوُتِ الحِصَصِ ، قال

الشرح الكبير

بكرٍ . ورُوِىَ ذلك عن الحَسَنِ ، وابنِ سِيرِينَ ، وعَطاءٍ . وبه قال مالكٌ ، وسَوَّارٌ ، والعَنْبَرِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ . وهو أحَدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ . وعن أحمدَ رِوايَةٌ ثانيةٌ ، أنَّه يُقسَمُ بينَهم على عَدَدِ الرُّءُوسِ . اخْتارَها ابنُ عَقِيلٍ . ورُوِىَ ذلك عن النَّخَعِىِّ ، والشَّعْبِىِّ . وهو قولُ ابنِ أبى لَيْلَى ، وابنِ شُبْرُمَةَ ، والثَّوْرِىِّ ، وأصحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهم لو انْفَرَدَ لاسْتَحَقَّ[1] الجَمِيعَ ، فإذا اجْتَمَعُوا تَساوَوْا ، كالبَنِينَ فى المِيراثِ ، وكالمُعْتَقِينَ فى سِرَايَةِ العِتْقِ . ولَنا ، أنَّه حَقٌّ يُسْتَفادُ بسَبَبِ المِلْكِ ، فكان على قَدْرِ الأمْلاكِ ، كالغَلَّةِ ، ودَلِيلُهم يَنْتَقِضُ بالابْنِ والأبِ أو الجَدِّ ، وبالفُرْسانِ والرَّجَّالةِ فى الغَنِيمَةِ ، وبأصحابِ الدُّيُونِ والوَصَايَا إذا نَقَصَ مالُه عن دَيْنِ أحَدِهم ، أو الثُّلُثُ عن وَصِيَّةِ أحَدِهم . [١٢٤/٥ ظ] وأمَّا الإعْتاقُ فلنا فيه مَنْعٌ ، وإن سُلِّمَ فلأنَّه إتْلافٌ ، والإتْلافُ يَسْتَوِى فيه القَلِيلُ

الإنصاف

فى « الفائقِ » : الشُّفْعَةُ بقَدْرِ الحَقِّ ، فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا الصَّحيحُ المَشْهورُ مِنَ الرِّوايتَيْن . وجزَم به ابنُ عَقِيلٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، وصاحِبُ « الوَجيزِ » ، وغيرُهما . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، وقال : اخْتارَه الأكثرُ . قلتُ : منهم الخِرَقِىُّ ، وأبو بَكْرٍ ، وأبو حَفْصٍ ، والقاضى . قال الزَّرْكَشِىُّ ، وجُمْهورُ أصحابِه : وعنه ، الشُّفْعَةُ على عدَدِ الرُّءوسِ . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ ، فقال فى « الفُصولِ » : هذا الصَّحيحُ عندِى . وروَى الأثْرَمُ عنه الوَقْفَ فى ذلك . حكاه الحارِثىُّ .

---

(١) فى م : « لا يستحق » .

الشرح الكبير

والكَثِيرُ ، كالنَّجاسَةِ تُلْقَى فى مائِعٍ . وأمّا البَنُونَ فإنَّهم تَساوَوْا فى السَّبَبِ وهو البُنُوَّةُ ، فتَساوَوْا فى الإرْثِ بها ، فنَظِيرُه فى مَسْأَلَتِنا تَساوِى الشُّفعاءِ فى سِهَامِهِم ، فإذا كانت دارٌ بينَ ثَلاثةٍ ، لأَحَدِهم النِّصْفُ ، وللآخَرِ الثُّلُثُ ، وللآخَرِ السُّدْسُ ، فباعَ أحَدُهُم ، (١)نَصِيبَه ، فإنَّك تَنْظُرُ(١) مَخْرَجَ سِهَامِ الشُّرَكاءِ كلِّهم ، فتَأْخُذُ منها(٢) سِهامَ الشُّفَعاءِ ، فإذا عَلِمْتَ عِدَّتَها ، قَسَمْتَ السَّهْمَ المَشْفُوعَ عليها ، ويَصِيرُ العَقَارُ بينَ الشُّفَعاءِ على تلك العِدَّةِ ، كما يُفْعَلُ فى مَسائِلِ الرَّدِّ . فَفِى هذه المسألَةِ مَخْرَجُ سِهَامِ الشُّرَكاءِ سِتَّةٌ ، فإذا باعَ صاحِبُ النِّصْفِ ، فسِهامُ الشُّفَعاءِ ثَلاثَةٌ ، لصاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمان ، وللآخَرِ سَهْمٌ ، فالشُّفْعَةُ بينَهم على ثَلاثَةٍ ، ويَصِيرُ العَقارُ بينَهم أثْلاثًا ، لصاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثاه ، وللآخَرِ ثُلُثُه . وإن باعَ صاحِبُ الثُّلُثِ ، كانت بينَ الآخَرَيْن أرْباعًا ، لِصاحِبِ النِّصْفِ ثَلاثَةُ أرْباعِها ، وللآخَرِ رُبْعُها . وإن باع صاحِبُ السُّدْسِ ، كانت بينَ الآخَرَيْنِ أخْماسًا ، لِصاحِبِ النِّصْفِ ثَلاثَةُ أخْماسِه ، وللآخَرِ خُمْساه . هذا على ظاهِرِ المَذْهَبِ . وعلى الرِّوايَةِ الثانيةِ ، يَنْقَسِمُ الشِّقْصُ المَشْفُوعُ بينَ الآخَرَيْنِ نِصْفَين ، فإذا باعَ صاحِبُ النِّصْفِ ، قُسِمَ النِّصْفُ بينَ الآخَرَيْنِ ، لكلِّ واحِدٍ الرُّبْعُ ، فيَصِيرُ لصاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثٌ ورُبْعٌ ، وللآخَرِ رُبْعٌ وسُدْسٌ . وإن باعَ صاحِبُ الثُّلُثِ ، صار لصاحِبِ النِّصْفِ

الإنصاف ....

(١ - ١) فى م : « فعلى هذا ينظر » .

(٢) فى م : « منهم » .

المقنع فَإِنْ تَرَكَ أَحَدُهُمَا شُفْعَتَهُ ، لَمْ يَكُنْ لِلْآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ إِلَّا الْكُلَّ أَوْ يَتْرُكَ .

الشرح الكبير الثُّلُثانِ ، وللآخَرِ الثُّلُثُ . وإن باعَ صاحِبُ السُّدْسِ ، فلصاحِبِ النِّصْفِ ثُلُثٌ ورُبْعٌ . ولصاحِبِ الثُّلُثِ رُبْعٌ وسُدْسٌ .

٢٤٠٠ – مسألة : (فإن تَرَك أحَدُهما شُفْعَتَه ، لم يَكُنْ للآخَرِ إلَّا أن يَأْخُذَ الكُلَّ أو يَتْرُكَ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه إذا كان الشِّقْصُ بينَ شُفَعاءَ ، فتَرَكَ بعضُهم ، فليس للباقِينَ إلَّا أخْذُ الجَمِيعِ أو تَرْكُ الجَمِيعِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَن نَحْفَظُ عنه مِن أهْلِ العِلْمِ على هذا . وهو قولُ مالكٍ ، والشافعيِّ ، وأصحابِ الرَّأْيِ ؛ لأنَّ فى أخْذِ البَعْضِ إضْرارًا بالمُشْتَرِى بتَبْعِيضِ الصَّفْقَةِ عليه ، ولا يُزالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ ، ولأنَّ الشُّفْعَةَ إنَّما تَثْبُتُ على خِلافِ الأصْلِ دَفْعًا لضَرَرِ الشَّرِيكِ الدَّاخِلِ ، خَوْفًا مِن سُوءِ المُشارَكَةِ ومُؤْنَةِ القِسْمَةِ ، فإذا أخَذَ [١٢٥/٥ و] بَعْضَ الشِّقْصِ لم يَنْدَفِعْ عنه الضَّرَرُ ، فلم يَتَحَقَّقِ المَعْنَى المُجَوِّزُ لمُخالَفَةِ الأصْلِ ، فلا تَثْبُتُ . وإن وَهَب بعضُ الشُّرَكاءِ نَصِيبَه مِن الشُّفْعَةِ لبعضِ الشُّرَكاءِ أو لغيرِه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ ذلك عَفْوٌ وليس بهِبَةٍ ، فلم يَصِحَّ لغيرِ مَن هو عليه ، كالعَفْوِ عن القِصاصِ .

الإنصاف **فائدة** : قولُه : فإنْ ترَك أحَدُهما شُفْعَتَه ، لم يَكُنْ للآخَرِ أنْ يأْخُذَ إلَّا الكُلَّ ، أو يتْرُكَ . وهذا بلا نِزاعٍ . وحكاه ابنُ المُنْذِرِ إجْماعًا . وكذا لو حضَر أحدُ الشُّفَعاءِ وغابَ الباقُون ، فقال الأصحابُ : ليس له إلَّا أخْذُ الكُلِّ ، أو التَّرْكُ . قال الحارِثِىُّ :

الشرح الكبير

فصل : فإن كان الشُّفَعاءُ غائِبِين ، لم تَسْقُطِ الشُّفْعَةُ ؛ لمَوْضِعِ العُذْرِ . فإذا قَدِم أحَدُهم ، فليس له إلَّا أن يَأْخُذَ الكلَّ أو يَتْرُكَ ؛ لأنَّا لا نَعْلَمُ اليومَ مُطالِبًا سِواه ، ولأنَّ فى أخْذِه البَعْضَ تَبْعِيضًا لصَفْقَةِ المُشْتَرِى ، فلم يَجُزْ ذلك ، كما لو لم يَكُنْ معه غيرُه ، ولا يَجُوزُ تأْخِيرُ حَقِّه إلى أن يَقْدَمَ شُرَكاؤُه ؛ لأنَّ فى التَّأْخِيرِ ضَرَرًا بالمُشْتَرِى . فإذا أخَذَ الجَمِيعَ ثم حَضَرَ آخَرُ ، قاسَمَه إن شَاءَ ، أو عَفَا فيَبْقَى للأوَّلِ ؛ لأنَّ المُطالَبَةَ إنَّما وُجِدَتْ منهما . فإن قاسَمَه ، ثم حَضَر الثالِثُ ، قاسَمَهُما إن أحَبَّ ، أو عَفَا فيَبْقَى للأوَّلَيْن . فإن نَمَا الشِّقْصُ فى يَدِ الأوَّلِ نَماءً مُنْفَصِلًا ، لم يُشارِكْه فيه واحِدٌ منهما ؛ لأنَّه انْفَصَلَ فى مِلْكِه ، أشْبَهَ ما لو انْفَصَلَ فى يَدِ المُشْتَرِى قبلَ الأخْذِ بالشُّفْعَةِ . وكذلك إذا أخَذَ الثانى فنَمَا فى يَدِه نَماءً مُنْفَصِلًا ، لم يُشارِكْه الثالِثُ فيه . فإن خَرَج الشِّقْصُ مُسْتَحَقًّا ، فالعُهْدَةُ على المُشْتَرِى ، يَرْجِعُ الثلاثةُ عليه ، ولا يَرْجِعُ أحَدُهُم على الآخَرِ ؛ فإنَّ الأخْذَ وإن كان مِن الأوَّلِ ، فهو بمَنْزِلَةِ النائِبِ عن المُشْتَرِى فى الدَّفْعِ إليهما ،

الإنصاف

وإطْلاقُ نصِّ أحمدَ ، يَنْتَظِرُ بالغائبِ ، مِن رِوايَةِ حَنْبَلٍ ، يقْتَضِى الاقْتِصارَ على حِصَّتِه . قال : وهذا أقْوَى ، والتَّفْريعُ على الأوَّلِ ؛ فقال فى « التَّلْخيصِ » : ليس له تأْخِيرُ شيءٍ مِنَ الثَّمَنِ إلى حُضُورِ الغائبين . وحكَى المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ وَجْهَيْن ، وأطْلَقاهما ؛ أحدُهما ، لا يُؤَخِّرُ شيئًا ، فإنْ فعَل ، بطَل حَقُّه مِنَ الشُّفْعَةِ . والوَجْهُ الثَّانى ، له ذلك ، ولا يبْطُلُ حَقُّه . وهو ما أوْرَدَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . فإنْ كان الغائبُ اثْنَيْن ، وأخَذ الحاضِرُ الكُلَّ ، ثم قَدِمَ أحدُهما ، أخَذ النِّصْفَ مِنَ الحاضِرِ ، أوِ العَفْوَ . فإنْ أخَذ ، ثم قَدِمَ الآخَرُ ، فله مُقاسَمَتُهما ؛ يأْخُذُ مِن كلٍّ

الشرح الكبير

والنائبِ عنهما فى دَفْعِ الثَّمَنِ إليه ؛ لأنَّ الشُّفْعَةَ مُسْتَحَقَّةٌ عليه لهم . هذا ظاهِرُ مَذْهَبِ الشافعيِّ . وإن امْتَنَعَ الأوَّلُ مِن المُطالَبَةِ حتى يَحْضُرَ صاحِباه ، أو قال : آخُذُ قَدْرَ حَقِّى . ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، يَبْطُلُ حَقُّه ؛ لأنَّه قَدَرَ على أخْذِ الكلِّ وتَرَكَه ، فأشْبَهَ المُنْفَرِدَ . والثانى ، لا تَبْطُلُ ؛ لأنَّه تَرَكَه لعُذْرٍ ، وهو خَوْفُ قُدُومِ الغائِبِ فيَنْتَزِعُه منه ، والتَّرْكُ لعُذْرٍ لا يُسْقِطُ الشُّفْعَةَ ، بدَلِيلِ ما لو أظْهَرَ المُشْتَرِى ثَمَنًا كَثِيرًا ، فتَرَكَ لذلك ، فبانَ خِلافُه . وإن تَرَكَ الأوَّلُ شُفْعَتَه ، تَوَفَّرَتِ الشُّفْعَةُ على صاحِبَيْه ، وإذا قَدِمَ الأوَّلُ منهما ، فله أخْذُ الجَمِيعِ ، على ما ذَكَرْنا فى الأوَّلِ . فإن أخَذَ الأوَّلُ بها ، ثم رَدَّ ما أخَذَه بعَيْبٍ ، فكذلك . [١٢٥/٥ ظ] وبهذا قال الشافعيُّ . وحُكِىَ عن محمدِ بنِ الحَسَنِ ، أنَّها لا تَتَوَفَّرُ عليهما ، وليس لهما أخْذُ نَصِيبِ الأوَّلِ ؛ لأنَّه لم يَعْفُ ، وإنَّما رَدَّ نَصِيبَه بالعَيْبِ ، فأشْبَهَ ما لو رَجَع إلى المُشْتَرِى ببَيْعٍ ، أو هِبَةٍ . ولَنا ، أنَّ الشَّفِيعَ فَسَخ مِلْكَه ، ورَجَع إلى المُشْتَرِى بالسَّبَبِ الأوَّلِ ، فكان لشَرِيكِه أخْذُه ، كما لو عَفَا . ويُفارِقُ عَوْدَه بسَبَبٍ آخَرَ ؛ لأنَّه عادَ غيرَ المِلْكِ الأوَّلِ الذى تَعَلَّقَتْ به الشُّفْعَةُ .

الإنصاف

منهما ثُلُثَ مافى يَدِه . هكذا قال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم . وقدَّمه الحارِثِىُّ . وقال ابنُ الزَّاغُونِىِّ : القادِمُ بالخِيارِ بينَ الأخْذِ مِنَ الحاضِرِ ، وبينَ نَقْضِ شُفْعَتِه فى قَدْرِ حَقِّه ؛ فيَأْخُذُ مِنَ المُشْتَرِى ، إنْ تَراضَوا على ذلك ، وإلَّا نقَضَ الحاكِمُ ، كما قُلْنا ، ولم يُجْبَرِ الحاضِرُ على التَّسْلِيمِ إلى القادِمِ . قال : وهذا ظاهِرُ المذهبِ فيما ذكَر أصحابُنا . حكاه فى كتابِ الشُّروطِ . ثم إنْ ظَهَر الشِّقْصُ مُسْتَحَقًّا ، فعُهْدَةُ الثَّلاثَةِ على المُشْتَرِى . قالَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ،

الشرح الكبير

فصل : وإذا حَضَر الثانى بعدَ أخْذِ الأوَّلِ ، فأخَذَ نِصْفَ الشِّقْصِ منه ، واقْتَسما ، ثُم قَدِم الثالِثُ ، وطالَبَ بالشُّفْعَةِ ، وأخَذَ بها ، بَطَلَتِ القِسْمَةُ ؛ لأنَّ هذا الثالِثَ إذا أخَذَ بالشُّفْعَةِ ، فهو كأنَّه مُشارِكٌ حالَ القِسْمَةِ ؛ لثُبُوتِ حَقِّه ، ولهذا لو باعَ المُشْتَرِى ، ثم قَدِمَ الشَّفِيعُ ، كان له إبْطالُ البَيْعِ . فإن قِيلَ : وكيف تَصِحُّ القِسْمَةُ وشَرِيكُهما الثالِثُ غائِبٌ ؟ قُلْنا : يَحْتَمِلُ أن يكونَ وَكَّلَ فى القِسْمَةِ قَبْلَ البَيْعِ أو قبْلَ عِلْمِه به ، أو يكونَ الشَّرِيكان رَفَعَا ذلك إلى الحاكِمِ وطالَبَاه بالقِسْمةِ عن الغائِبِ ، فقاسَمَهُما ، وبَقِىَ الغائِبُ على شُفْعَتِه . فإن قِيلَ : وكيف تَصِحُّ مُقاسَمَتُهُما للشِّقْصِ وحَقُّ الثالِثِ ثابِتٌ فيه ؟ قُلْنا : ثُبُوتُ حَقِّ الشُّفْعَةِ لا يَمْنَعُ التَّصرُّفَ ؛ لأنَّه يَصِحُّ[1] بَيْعُه وهِبَتُه وغيرُهما ، ويَمْلِكُ الشَّفِيعُ إبْطالَه ، كذا هٰهُنا . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّ الثالِثَ إذا قَدِم فوَجَدَ أحَدَ شَرِيكَيْه غائبًا ، أخَذَ مِن الحاضِرِ ثُلُثَ ما فى يَدِه ؛ لأنَّه قَدْرُ ما يَسْتَحِقُّه ، ثم إن حَكَم له القاضِى على الغائِبِ ، أخَذَ ثُلُثَ ما فى يَدِه أيضًا ، وإن لم يَقْضِ ، انْتَظَر الغائِبَ حتى يَقْدَمَ ؛ لأنَّه مَوْضِعُ عُذْرٍ .

الإنصاف

والمُصَنِّفُ ، وغيرُهم . وكلامُ ابنِ الزَّاغُونِىِّ يقْتَضِى أنَّ عُهْدَةَ كلِّ واحدٍ ممَّن تَسَلَّمَ منه . وإذا أخَذ الحاضِرُ الكُلَّ ، ثم قَدِمَ أحدُهما ، وأرادَ الاقْتِصارَ على حِصَّتِه ، وامْتَنَع مِن أخْذِ النِّصْفِ ، فقال الأصحابُ : له ذلك . فإذا أخَذَه ، ثم قَدِمَ الغائبُ الثَّانى ؛ فإنْ أخَذ مِنَ الحاضِرِ سَهْمَيْن ، ولم يتعَرَّضْ للقادِمِ الأوَّلِ ، فلا كلامَ ، وإنْ تعَرَّض ،

---

(١) فى م : « لا يصح » .

الشرح الكبير

فصل : إذا أخَذَ الأوَّلُ الشِّقْصَ كلَّه بالشُّفْعَةِ ، فقَدِمَ الثانى ، فقال : لا آخُذُ منك نِصْفَه ، بل أقْتَصِرُ على قَدْرِ نَصِيبِى وهو الثُّلُثُ . فله ذلك ؛ لأنَّه اقْتَصَرَ على بعضِ حَقِّه ، وليس فيه تَبْعِيضُ الصَّفْقَةِ على المُشْتَرِى ، فجاز ، كتَرْكِ الكلِّ . فإذا قَدِم الثالِثُ ، فله أن يَأْخُذَ مِن الثانى ثُلُثَ ما فى يَدِه فيُضِيفُه إلى ما فى يَدِ الأوَّلِ ، ويَقْتَسِمانِه[1] نِصْفَيْن . [٥/١٢٦ و] فتَصِحُّ قِسْمَةُ الشِّقْصِ مِن ثَمانِيَةَ عَشَرَ سَهْمًا ؛ لأنَّ الثالِثَ أخَذَ حَقَّه مِن الثانِى ثُلُثَ الثُّلُثِ ، ومَخْرَجُه تِسْعَةٌ فيَضُمُّهُ إلى الثُّلُثَيْن ، وهى سِتَّةٌ ، صارَتْ سَبْعَةً ، ثم قَسَمَا السَّبْعَةَ نِصْفَيْن ، لا تَنْقَسِمُ ، فاضْرِب اثْنَيْن فى تِسْعَةٍ يَكُنْ ثَمانِيَةَ عَشَرَ ، للثانِى أرْبَعَةٌ ، ولكلِّ واحِدٍ مِن شَرِيكَيْه سَبْعَةٌ . وإنَّما كان كذلك ؛ لأنَّ الثانِى تَرَك سُدْسًا كان له أخْذُه ، وحَقُّه منه ثُلُثاه ، وهو السُّبْعُ[2] فيُوَفَّرُ ذلك على شَرِيكَيْه فى الشُّفْعَةِ ، فللأوَّلِ والثالثِ أن يَقُولَا : نحن سَواءٌ فى الاسْتِحْقاقِ ، ولم يَتْرُكْ واحِدٌ مِنّا شَيْئًا مِن حَقِّه ، فنَجْمَعُ ما معنا فنَقْسِمُه . فيكونُ على ما ذَكَرْنا . وإن قال الثانى : أنا آخُذُ الرُّبْعَ . فله ذلك ؛ لِما ذَكَرْنا فى التى قبلَها ، فإذا قَدِم الثالِثُ ، أخَذَ منه نِصْفَ

الإنصاف

فقال الأصْحابُ . منهم القاضى ، والمُصَنِّفُ : له أنْ يأْخُذَ منه ثُلُثَىْ سَهْمٍ ؛ وهو ثُلُثُ مافى يَدِه . قال الحارِثِىُّ : وللشَّافِعِيَّةِ وَجْهٌ ، يأْخُذُ الثَّانِى مِنَ الحاضِرِ نِصْفَ مافى يَدِه ؛ وهو الثُّلُثُ . قال : وهو أظْهَرُ إنْ شاءَ اللهُ تعالَى .

---

(١) فى م : « يقسمانه » .

(٢) فى الأصل : « التسع » .

المقنع

فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِى شَرِيكًا ، فَالشُّفْعَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْآخَرِ ،.......

الشرح الكبير

سُدْسٍ ، وهو ثُلُثُ ما فى يَدِه ، فضَمَّه إلى ثَلاثَةِ الأَرْباعِ ، وهى تِسْعةٌ ، يَصِيرُ الجَمِيعُ عَشَرَةً فيَقْتَسِمانِها[1] ، لكلِّ واحِدٍ منهما خَمْسَةٌ ، وللثانى سَهْمانِ ، وتَصِحُّ مِن اثْنَىْ عَشَرَ .

٢٤٠١ – مسألة : (وإن كان المُشْتَرِى شَرِيكًا ، فالشُّفْعَةُ بينَه وبينَ الآخَرِ) وللآخَرِ الأَخْذُ بقَدْرِ نَصِيبِه . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ . وحُكِىَ عن الحَسَنِ ، والشَّعْبِىِّ ، والبَتِّىِّ ، لا شُفْعَةَ للآخَرِ ؛ لأنَّها تَثْبُتُ لدَفْعِ ضَرَرِ الشَّرِيكِ الدّاخِلِ ، وهذا شَرِكَتُه مُتَقَدِّمَةٌ ، فلا ضَرَرَ فى شِرائِه . وحَكَى ابنُ الصَّبّاغِ عنهم ، أنَّ الشُّفْعَةَ كلَّها لغيرِ المُشْتَرِى ، ولا شىءَ للمُشْتَرِى فيها ؛ لأنَّها تُسْتَحَقُّ عليه فلا يَسْتَحِقُّها على نَفْسِه . ولَنا ، أنَّهما تَساوَيَا فى الشَّرِكَةِ فتَساوَيَا فى الشُّفْعَةِ ، كما لو اشْتَرَى أَجْنَبِىٌّ ، بل المُشْتَرِى أَوْلَى ؛ لأنَّه قد مَلَكَ الشِّقْصَ المَشْفُوعَ مِن غيرِ نَظَرٍ إلى

الإنصاف

قوله : فإنْ كان المُشْتَرِى شَرِيكًا ، فالشُّفْعَةُ بينَه وبينَ الآخَرِ . مِثالُ ذلك ، أنْ تكونَ الدّارُ بينَ ثَلاثَةٍ ، فيَشْتَرِىَ أحدُهم نَصِيبَ شَرِيكِه ، فالشِّقْصُ بينَ المُشْتَرِى وشَرِيكِه . قالَه الأصحابُ ، [2]ولا أعلمُ فيه نِزاعًا ، لكنْ قال الحارِثِىُّ : عبَّر فى المَتْنِ عن هذا بقَوْلِه : فالشُّفْعَةُ بينَه وبينَ الآخَرِ[2] . وكذا عبَّر أبو الخَطَّابِ وغيرُه ، وفيه تجَوُّزٌ ؛ فإنَّ حَقِيقَةَ الشُّفْعَةِ انْتِزاعُ الشِّقْصِ مِن يَدِ مَن انْتَقَلَتْ إليه ، وهو مُتَخَلِّفٌ فى حقِّ المُشْتَرِى ؛ لأنَّه الذى انْتَقَلَ إليه هذا .

---

(١) فى م : « فيقسمانها » .

(٢ – ٢) سقط من : الأصل .

المقنع فَإِنْ تَرَكَ شُفْعَتَهُ ؛ لِيُوجِبَ الْكُلَّ عَلَى شَرِيكِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ .

الشرح الكبير المُشْتَرِى ، وقد حَصَلَ شِراؤُه . والثانى ، لا يَصِحُّ أيضًا ؛ لأنَّا لا نَقُولُ : إنَّه يَأْخُذُ مِن نَفْسِه بالشُّفْعَةِ . وإنَّما يَمْنَعُ الشَّرِيكَ أن يَأْخُذَ قَدْرَ حَقِّه بالشُّفْعَةِ ، فيَبْقَى على مِلْكِه ، ثم لا يَمْتَنِعُ أن يَسْتَحِقَّ الإِنْسانُ على نَفْسِه لأجْلِ تَعَلُّقِ حَقِّ الغَيْرِ به ، ألا تَرَى أنَّ العَبْدَ المَرْهُونَ ، إذا جَنَى على عَبْدٍ آخَرَ لسَيِّدِه ، ثَبَت للسَّيِّدِ على عَبْدِه [٥/١٢٦ ظ] أرْشُ الجِنايَةِ ؛ لأجْلِ تَعلُّقِ حَقِّ المُرْتَهِنِ ، ولو لم يَكُنْ رَهْنًا ما تَعَلَّقَ به . وإذا ثَبَت هذا ، فإنَّ لشَرِيكِ المُشْتَرِى أخْذَ قَدْرِ نَصِيبِه لا غيرُ ، أو العَفْوَ .

٢٤٠٢ – مسألة : (وإن تَرَك) المُشْتَرِى (شُفْعَته ؛ ليُوجِبَ الكُلَّ على شَرِيكِه ، لم يَكُنْ له ذلك) إذا قال المُشْتَرِى : قد أسْقَطْتُ شُفْعَتِى ، فخُذِ الكُلَّ أوِ اتْرُكْ . لم يَلْزَمْه ذلك ، ولم يَصِحَّ إسْقاطُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّ مِلْكَه اسْتَقَرَّ على قَدْرِ حَقِّه ، فجَرَى مَجْرَى الشَّفِيعَيْن إذا أخَذَا بالشُّفْعَةِ ثم عَفَا أحَدُهما عن حَقِّه . ولذلك لو حَضَر أحَدُ الشَّفِيعَيْن ، فأخَذَ جَمِيعَ الشِّقْصِ بالشُّفْعَةِ ، ثم حَضَر الآخَرُ ، فله أخْذُ النِّصْفِ مِن ذلك . فإنْ قال الأوَّلُ : خُذِ الكُلَّ أو دَعْ ، فإنِّى قد أسْقَطْتُ شُفْعَتِى . لم يَكُنْ له ذلك . فإن قِيلَ : هذا تَبْعِيضٌ للصَّفْقَةِ على المُشْتَرِى . قُلْنا : هذا تَبْعِيضٌ اقْتَضاه دُخُولُه فى العَقْدِ ، فصارَ كالرِّضَا منه به ، كما قُلْنا فى الشَّفِيعِ الحاضِرِ إذا أخَذَ جَمِيعَ الشِّقْصِ ، وكما لوِ اشْتَرَى شِقْصًا وسَيْفًا .

الإنصاف ....

المقنع

وَإِذَا كَانَتْ دَارٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ ، فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ لِأَجْنَبِيٍّ صَفْقَتَيْنِ ، ثُمَّ عَلِمَ شَرِيكُهُ ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالْبَيْعَيْنِ ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِأَحَدِهِمَا ، فَإِنْ أَخَذَ بِالثَّانِي ، شَارَكَهُ الْمُشْتَرِي فِي شُفْعَتِهِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَإِنْ أَخَذَ بِالْأَوَّلِ ، لَمْ يُشَارِكْهُ ، وَإِنْ أَخَذَ بِهِمَا ، لَمْ يُشَارِكْهُ فِي شُفْعَةِ الْأَوَّلِ ، وَهَلْ يُشَارِكُهُ فِي شُفْعَةِ الثَّانِي ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٤٠٣ – مسألة : (وإذا كانت دارٌ بينَ اثْنَيْن ، فباعَ أحَدُهما نَصِيبَه لأجْنَبِيٍّ صَفْقَتَيْن ، ثم عَلِم الشَّرِيكُ ، فله أن يَأْخُذَ بالبَيْعَيْن ، وله أن يَأْخُذَ بأحَدِهما ، فإن أخَذَ بالثاني ، شارَكَه المُشْتَرِى فى شُفْعَتِه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ، وإن أخَذَ بالأوَّلِ ، لم يُشارِكْه ، وإن أخَذَ بهما) جَمِيعًا (لم يُشارِكْه فى شُفْعَةِ الأوَّلِ ، وهل يُشارِكُه فى شُفْعَةِ الثانى ؟ على وَجْهَيْن) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الشَّرِيكَ إذا باعَ بعضَ الشِّقْصِ لأجْنَبِيٍّ ، ثم باعَه باقِيَه فى صَفْقَةٍ أُخْرَى ، ثم عَلِم الشَّفِيعُ ، فله أخْذُ المَبِيعِ الأوَّلِ والثانى ، وله أخْذُ أحَدِهما ، فإن أخَذَ الأوَّلَ ، لم يُشارِكْه فى شُفْعَتِه أحَدٌ ، وإن أخَذَ

الإنصاف

قوله : وإذا كانَتْ دَارٌ بينَ اثْنَيْن ، فباعَ أحَدُهما نَصِيبَه لأجْنَبِيٍّ صَفْقَتَيْن ، ثم عَلِمَ شَرِيكُه ، فله أنْ يأْخُذَ بالبَيْعَيْن ، وله أنْ يأْخُذَ بأحَدِهما . قالَه الأصحابُ ؛ منهم القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وغيرُهما . وهى تعَدُّدُ العَقْدِ .

قوله : فإنْ أخَذ بالثَّانى ، شارَكَه المُشْتَرِى فى شُفْعَتِه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . صحَّحه فى « النَّظْمِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ،

الشرح الكبير

بالثانِى ، فهل يُشارِكُه المُشْتَرِى فى شُفْعَتِه بنَصِيبِه الأوَّلِ ؟ فيه ثَلاثَةُ أوْجُهٍ ؛ أحَدُها ، يُشارِكُه فيها . وهو مَذْهَبُ أبى حنيفةَ ، وبعضِ أصحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّه شَرِيكٌ فى وَقْتِ البَيْعِ الثانى بمِلْكِه الذى اشْتَراهُ أوَّلًا . والثانى ، لا يُشارِكُه ؛ لأنَّ مِلْكَه على الأوَّلِ لم يَسْتَقِرَّ ؛ لكَوْنِ [٥/١٢٧ و] الشَّفِيعِ يَمْلِكُ أخْذَه . والثالثُ ، إن عَفَا الشَّفِيعُ عن الأوَّلِ شارَكَه فى الثانى ، وإن أخَذَ بهما جَمِيعًا لم يُشارِكْه . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه إذا عفا عنه ، اسْتَقَرَّ مِلْكُه ، بخِلافِ ما إذا أخَذَ . فإن قُلْنا : يُشارِكُ[1] فى الشُّفْعَةِ ، ففى قَدْرِ ما يَسْتَحِقُّ وَجْهان ؛ أحَدُهما ، ثُلُثُه . والثانِى ، نِصْفُه بِناءً على الرِّوايَتَيْنِ فى قَسْمِ الشُّفْعَةِ على قَدْرِ الأمْلاكِ أو عَدَدِ الرُّءُوسِ . فإذا قُلْنا : يُشارِكُه . فعَفَا له عن الأوَّلِ ، صار له ثُلُثُ العَقارِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ . وفى الآخَرِ ، ثَلاثَةُ أثْمانِه ، وباقِيه لشَرِيكِه . وإن لم يَعْفُ عن الأوَّلِ ، فله نِصْفُ سُدْسِه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ . وفى الآخَرِ ، ثُمْنُه ، والباقِى لشَرِيكِه . وإن باعَه الشَّرِيكُ الشِّقْصَ فى ثَلاثِ صَفَقاتٍ مُتَساوِيَةٍ ، فحُكْمُه حُكْمُ ما لو باعَه لثَلاثَةِ أنْفُسٍ ، على ما نَذْكُرُه . ويَسْتَحِقُّ ما يَسْتَحِقُّونَ ، وللشَّفِيعِ هٰهُنا مثلُ ما لَه مع الثَّلاثَةِ . واللهُ أعْلَمُ .

الإنصاف

و « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِيصِ » ، و « الفائقِ » . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يُشارِكُه فيها . اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وفيه وَجْهٌ ثالثٌ ، وهو إنْ عَفا الشَّفِيعُ عنِ الأوَّلِ ، شارَكَه فى الثَّانى . وأطْلَقَهُنَّ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » .

---

(١) فى م : « يشاركه » .

الشرح الكبير

فصل : وإن كانت دارٌ بينَ ثلاثةٍ ، فوَكَّلَ أحَدُهُم شَرِيكَه فى بَيْعِ نَصِيبِه مع نَصِيبِه ، فباعَهُما لرجلٍ واحِدٍ ، فلشَرِيكِهما الشُّفْعَةُ فيهما ، وهل له أخْذُ أحَدِ النَّصِيبَيْنِ دُونَ الآخرِ ؟ فيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، له ذلك ؛ لأنَّ المالِكَ اثْنانِ ، فهما بَيْعانِ ، فكان له أخْذُ نَصِيبِ أحَدِهما ، كما لو تَوَلَّيا العَقْدَ . والثانى ، ليس له ذلك ؛ لأنَّ الصَّفْقَةَ واحِدَةٌ ، وفى أخْذِ أحَدِهما تَبْعيضُ الصَّفْقَةِ على المُشْتَرِى ، فلم يَجُزْ ، كما لو كانا لرجلٍ واحِدٍ . وإن وَكَّلَ رجلٌ رجلًا فى شِراءِ نِصْفِ نَصِيبِ أحَدِ الشُّرَكاءِ ، فاشْتَرَى الشِّقْصَ كلَّه لنَفْسِه ولِمُوَكِّلِه ، فلشَرِيكِه أخْذُ نَصِيبِ أحَدِهِما ؛ لأنهما مُشْتَرِيان ، أشْبَهَ ما لو وَلِيَا العَقْدَ . والفَرْقُ بينَ هذه الصُّورَةِ والتى قبلَها أنَّ أخْذَ أحَدِ النَّصِيبَيْنِ لا يُفْضِى إلى تَبْعِيضِ الصَّفْقَةِ على المُشْتَرِى ، ولأنَّه قد يَرْضَى شَرِكَةَ أحَدِ المُشْتَرِيَيْن دُونَ الآخرِ ، بخِلافِ التى قبلَها ، فإنَّ المُشْتَرِىَ واحِدٌ .

الإنصاف

قوله : وإنْ أخَذ بهما ، لم يُشارِكْه فى شُفْعَةِ الأوَّلِ [٢/٢١٠و] – بلا نِزاعٍ – وهل يُشارِكُه فى شُفْعَةِ الثَّانى ؟ على وَجْهَيْن . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ؛ أحدُهما ، يُشارِكُه . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يُشارِكُه . قال الحارِثِىُّ : وهو الأصحُّ . قلتُ : وهو الصَّوابُ .

المقنع

وَإِنِ اشْتَرَى اثْنَانِ حَقَّ وَاحِدٍ ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ حَقِّ أَحَدِهِمَا .

الشرح الكبير

٢٤٠٤ – مسألة : (وإنِ اشْتَرَى اثْنانِ حَقَّ واحِدٍ ، فللشَّفِيعِ أَخْذُ حَقِّ أَحَدِهما) وبه قال مالكٌ ، والشافعيُّ ، وأبو حنيفةَ فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن عنه . وقال فى الأُخْرَى : [١٢٧/٥ ظ] يَجُوزُ له ذلك بعدَ القَبْضِ ، ولا يَجُوزُ قبلَه ؛ لأنَّه قبلَ القَبْضِ يُبَعِّضُ صَفْقَةَ البائِعِ . ولَنا ، أنَّهما مُشْتَرِيان ، فجازَ للشَّفِيعِ أَخْذُ نَصِيبِ أحَدِهما ، كما بعدَ القَبْضِ ، وما ذكَرُوه مَمْنُوعٌ . على أنَّ المُشْتَرِيَ الآخَرَ يأْخُذُ نَصِيبَه ، فلا يكونُ تَبْعِيضًا . فإن باعَ اثْنان مِن اثْنَيْن ، فهى أرْبَعةُ عُقُودٍ ، وللشَّفِيعِ أَخْذُ الكُلِّ ، أو ما شاءَ منها .

الإنصاف

قوله : وإنِ اشْتَرَى اثْنان حَقَّ واحِدٍ ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ حَقِّ أحَدِهما . إذا تعَدَّدَ المُشْتَرِى ، والبائعُ واحِدٌ ؛ بأَنِ ابْتاعَ اثْنان أو جماعَةٌ شِقْصًا مِن واحدٍ ، فقال ابنُ الزَّاغُونِىِّ فى « المَبْسُوطِ » : نصَّ أحمدُ على أنَّ شِراءَ الاثْنَيْن مِنَ الواحدِ عَقْدان وصَفْقَتان ، فللشَّفِيعِ ، إذَنْ ، أَخْذُ نَصِيبِ أحَدِهما[1] ، وتَرْكُ الباقِى ، كما قال المُصَنِّفُ وغيرُه مِنَ الأصحابِ . وقطَع به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « المُحَـرَّرِ » ، و « الحارِثِىِّ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرُهم مِنَ الأصحابِ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ » ، و « الفائقِ » . وقيل : هو عَقْدٌ واحدٌ ، فلا يأْخُذُ إلَّا الكُلَّ ، أو يتْرُكُ .

---

(١) فى الأصل ، ط : « أحدهم » .

الشرح الكبير

فصل : وإذا باعَ شِقْصًا لثلاثةٍ دَفْعَةً واحِدَةً ، فلشَرِيكِه أن يَأْخُذَ مِن الثَّلاثةِ ، وله أن يَأْخُذَ مِن أحَدِهم ، وله أن يَأْخُذَ مِن اثْنَيْن دُونَ الثّالِثِ ؛ لأنَّ كلَّ عَقْدٍ منها مُنْفَرِدٌ ، فلا يَتَوَقَّفُ الأخْذُ به على الأخْذِ بما فى العَقْدِ الآخَرِ ، كما لو كانت مُتَفَرِّقَةً . وإذا أخَذَ نَصِيبَ أحَدِهِم ، لم يَكُنْ[1] للآخَرَيْن مُشارَكتُه فى الشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ مِلْكَهُما لم يَسْبِقْ مِلْكَ مَن أخَذَ نَصِيبَه ، ولا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ إلَّا بمِلْكٍ سابِقٍ . فأمّا إن باعَ نَصِيبَه لثلاثةٍ فى ثَلاثةِ عُقُودٍ مُتَفَرِّقَةٍ ، ثم عَلِمَ الشَّفِيعُ ، فله أيضًا أن يَأْخُذَ الثَّلاثَةَ ، وله أن يَأْخُذَ ما شاءَ منها ، فإن [2]أخَذَ نِصِيبَ الأوَّلِ ، لم يَكُنْ للآخَرَيْن مُشارَكتُه فى شُفْعَتِه ؛ لأنهما لم يَكُنْ لهما مِلْكٌ حينَ بَيْعِه[2] ، وإن أخَذَ نَصِيبَ الثانِى وحدَه ، لم يَمْلِكِ الثالِثُ مُشارَكَتَه ؛ لذلك ، ويُشارِكُه الأوَّلُ فى شُفْعَتِه ؛ لأنَّ مِلْكَه سابِقٌ لشِراءِ الثانى ، فهو شَرِيكٌ فى اسْتِحْقاقِها حالَ شِرائِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يُشارِكَه ؛ لأنَّ مِلْكَه حالَ شِراءِ الثانى يَسْتَحِقُّ أخْذَه بالشُّفْعَةِ ؛ فلا يَكونُ سَبَبًا [3]فى اسْتِحْقاقِها[3] . وإن أخَذَ مِن الثالِثِ وعَفا

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو اشْتَرَى الواحِدُ لنَفْسِه ولغيرِه بالوَكالَةِ شِقْصًا مِن واحدٍ ، فالحُكْمُ كذلك ؛ لتعَدُّدِ مَن وقَع العَقْدُ له . وكذا ما لو كان وَكِيلًا لاثْنَيْن واشْتَرَى لهما . وقيل : الاعْتِبارُ بوَكِيلِ المُشْتَرِى . ذكَرَه فى « الرِّعايَةِ » . الثّانيةُ ، لو باعَ أحدُ الشَّرِيكَيْن نَصِيبَه مِن ثَلاثةٍ صَفْقَةً واحِدَةً ، فللشَّفِيعِ الأخْذُ مِنَ الجميعِ ، ومِنَ

---

(١) فى م : « يمكن » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) زيادة من : م .

الشرح الكبير

عن الأوَّلَيْن ، ففى مُشارَكَتِهما له وَجْهان . وإن أخَذَ مِن الثَّلاثَةِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، لا يُشارِكُه واحدٌ منهم ؛ لأنَّ أمْلاكَهُم قد اسْتَحَقَّها بالشُّفْعَةِ ، فلا يَسْتَحِقُّ عليه بها شُفْعَةً . والثانى ، يُشارِكُه الثانى فى شُفْعَةِ الثالِثِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، وبعضِ أصحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّه كان مالِكًا مِلْكًا صَحِيحًا حالَ شِراءِ الثالِثِ ، ولذلك اسْتَحَقَّ مُشارَكَتَه إذا عَفَا عن شُفْعَتِه ، فكذلك إذا لم يَعْفُ ؛ لأنَّه إنَّما اسْتَحَقَّ الشُّفْعَةَ بالمِلْكِ الذى صار به شَرِيكًا ؛ لا بالعَفْوِ عنه ، ولذلك قُلْنا فى الشَّفِيعِ إذا لم يَعْلَمْ بالشُّفْعَةِ حتى باعَ نَصِيبَه : إنَّ له أخْذَ نَصِيبِ المُشْتَرِى الأوَّلِ ، [١٢٨/٥ و] وللمُشْتَرِى الأوَّلِ أخْذُ نَصِيبِ المُشْتَرِى الثانى . وعلى هذا ، يُشارِكُه الأوَّلُ فى شُفْعَةِ الثانى والثالِثِ جَمِيعًا . فعلى هذا ، إذا كانت دارٌ بينَ اثْنَيْن نِصْفَيْن ، فباعَ أحَدُهما نَصِيبَه لثلاثةٍ فى ثَلاثةِ عُقُودٍ ، فى كلِّ عَقْدٍ سُدْسًا ، فللشَّفِيعِ السُّدْسُ الأوَّلُ وثلاثةُ أرْباعِ الثانى وثَلاثةُ أخْماسِ الثالِثِ ، وللمُشْتَرِى الأوَّلِ رُبْعُ السُّدْسِ الثانى وخُمْسُ الثالِثِ ، وللمُشْتَرِى الثانى خُمْسُ الثالِثِ ، فتَصِحُّ المسألةُ مِن مائةٍ وعِشرِينَ سَهْمًا ، للشَّفِيعِ الأوَّلِ مائةٌ وسَبْعَةُ أسْهُمٍ ، وللثانِى تِسْعَةٌ ، وللثالثِ أرْبَعَةٌ . وإن قُلْنا : إنَّ الشُّفْعَةَ على عَدَدِ الرُّءُوسِ . فللمُشْتَرِى الأوَّلِ نِصْفُ السُّدْسِ الثانى وثُلُثُ الثالِثِ ، وللثانى ثُلُثُ الثالِثِ ، وهو نِصْفُ التُّسْعِ ، فتَصِحُّ مِن سِتَّةٍ وثَلاثِينَ ، فللشَّفِيعِ تِسْعَةٌ وعِشْرُونَ ، وللثانِى خَمْسَةٌ ، وللثالث سَهْمانِ .

الإنصاف

البَعضِ ؛ فإنْ أخَذَ مِنَ البَعضِ ، فليس لمَن عَداه الشَّرِكَةُ فى الشُّفْعَةِ . وإنْ باعَ كُلًّا منهم على حِدَةٍ ، ثم عَلِمَ الشَّفِيعُ ، فله الأخْذُ مِنَ الكُلِّ ، ومِنَ البَعضِ ، فإنْ

الشرح الكبير

فصل : دارٌ بينَ أرْبعةٍ أرْباعًا ، باعَ ثَلاثَةٌ منهم فى عُقُودٍ مُتَفرِّقَةٍ ، و لم يَعْلَمْ شَرِيكُهُم ، ولا بعضُهم ببعضٍ ، فللَّذِى لم يَبِعِ الشُّفْعَةُ فى الجَمِيعِ . وهل يَسْتَحِقُّ البائعُ الثانى والثالِثُ الشُّفْعَةَ فيما باعَه البائِعُ الأوَّلُ ؟ على وَجْهَيْن . وكذلك هل يَسْتَحِقُّ الثالِثُ الشُّفْعَةَ فيما باعَه الأوَّلُ والثانِى ؟ على وَجْهَيْن . وهل يَسْتَحِقُّ مُشْتَرِى الرُّبْعِ الأوَّلِ الشُّفْعَةَ فيما باعَه الثانى والثالِثُ ؟ وهل يَسْتَحِقُّ الثانى شُفْعَةَ الثالِثِ ؟ على ثَلاثةِ أوْجُهٍ ؛ أحَدُها ، يَسْتَحِقَّانِ ؛ لأنَّهما مالِكان حالَ البَيْعِ . والثانى ، لا حَقَّ لهما ؛ لأنَّ مِلْكَهُما مُتَزَلْزِلٌ يَسْتَحِقُّ أخْذَه بالشُّفْعَةِ ، فلا تَثْبُتُ به . والثالثُ ، إن عَفَا عنهما أخَذَا[1] وإلَّا فلا . فإذا قُلْنا : يَشْتَرِكُ الجَمِيعُ . فللَّذِى لم يَبِعْ ثُلُثُ كلِّ رُبْعٍ ؛ لأنَّ له شَرِيكَيْن ، فصارَ له الرُّبْعُ مَضْمُومًا[2] إلى مِلْكِه ،

الإنصاف

أخَذَ مِنَ الأوَّلِ ، فلا شَرِكَةَ للآخَرين ، وإنْ أخَذَ مِنَ الثَّانى ، فلا شَرِكَةَ للثَّالثِ ، وللأوَّلِ الشَّرِكَةُ فى أصحِّ الوَجْهَيْن . قالَه الحارِثِىُّ . وجزَم به فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه . وفى الآخَرِ ، لا . وإنْ أخَذَ مِنَ الثَّالثِ ، ففى شَرِكَةِ الأوَّلَيْن الوَجْهان . وإنْ أخَذَ مِنَ الكُلِّ ، ففى شَرِكَةِ الأوَّلِ فى الثَّانى والثَّالثِ ، والثَّانى فى الثَّالثِ وَجْهان . فإنْ قيلَ بالشَّرِكَةِ ، والمَبِيعُ مُتَساوٍ ، فالسُّدْسُ الأوَّلُ للشَّفيعِ ، وثَلاثَةُ أرْباعِ الثَّانى ، وثَلاثَةُ أخْماسِ الثَّالثِ ، وللمُشْتَرِى الأوَّلِ رُبْعُ السُّدْسِ الثَّانِى ، وخُمْسُ الثَّالثِ ، وللمُشْتَرِى الثَّانى الخُمْسُ الباقِى مِنَ الثَّالثِ . وتَصِحُّ مِن مائَةٍ وعِشْرِين ؛ للشَّفِيعِ مِائَةٌ وسَبْعَةٌ ، وللمُشْتَرِى الأوَّلِ تِسْعَةٌ ، والثَّانى أرْبَعَةٌ . وإنْ قيلَ بالرُّءوسِ ؛

---

(1) فى م : « أخذ » .

(2) فى الأصل : « مضمونا » .

المقنع

وَإِنِ اشْتَرَى وَاحِدٌ حَقَّ اثْنَيْنِ ، أَوِ اشْتَرَى وَاحِدٌ شِقْصَيْنِ مِنْ أَرْضَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ أَحَدِهِمَا ، عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

فكَمَلَ له النِّصْفُ ، وللبائعِ الثالثِ والمُشْتَرِى الأوَّلِ الثُّلُثُ ، لكلِّ واحِدٍ منهما سُدْسٌ ؛ لأنَّه شَرِيكٌ فى شُفْعَةِ مَبِيعَيْن . وللبائِعِ الثانى والمُشْتَرِى الثانى السُّدْسُ ، لكلِّ واحِدٍ منهما نِصْفُه ؛ لأنَّه شَرِيكٌ فى شُفْعَةِ بَيْعٍ واحِدٍ ، وتَصِحُّ مِن اثْنَىْ عَشَرَ .

٢٤٠٥ – مسألة : (وإنِ اشْتَرَى واحِدٌ حَقَّ اثْنَيْن ، أو اشْتَرَى شِقْصَيْن مِن دارَيْن صَفْقَةً واحِدَةً ، فللشَّفِيعِ أَخْذُ [١٢٨/٥ ظ] أحَدِهما ، على أصَحِّ الوَجْهَيْن) إذا اشْتَرَى رجلٌ مِن رَجُلَيْن شِقْصًا صَفْقَةً واحِدَةً ، فللشَّفِيعِ أخْذُ نَصِيبِ أحَدِهما دُونَ الآخَرِ . وبه قال الشافعىُّ . وحُكِىَ

الإنصاف

فللمُشْتَرِى الأوَّلِ نِصْفُ السُّدْسِ الثَّانِى ، وثُلُثُ[1] الثَّالثِ ، وللثَّانِى الثُّلُثُ الباقِى مِنَ الثَّالثِ ، فتَصِحُّ مِن سِتَّةٍ وثَلاثِينَ ؛ للشَّفِيعِ تِسْعَةٌ وعِشْرُون ، وللثَّانِى خَمْسَةٌ ، وللثَّالثِ اثْنان . ذكَر ذلك المُصَنِّفُ وغيرُه . واقْتَصَرَ عليه الحارِثِىُّ .

قوله : وإنِ اشْتَرَى واحِدٌ حَقَّ اثْنَيْن ، أو اشْتَرَى واحِدٌ شِقْصَيْن مِن أرْضَيْن صَفْقَةً واحِدَةً – والشَّرِيكُ واحِدٌ – فللشَّفِيعِ أَخْذُ أحَدِهما ، فى أصَحِّ الوَجْهَيْن . ذكَر المُصَنِّفُ هنا مَسْألَتَيْن ؛ إحْداهما ، تعَدُّدُ البائعِ ، والمُشْتَرِى واحدٌ ؛ بأنْ باعَ اثْنان نَصِيبَهما مِن واحدٍ صفْقَةً واحدةً . فللشَّفِيعِ أخْذُ أحَدِهما ، على الصَّحيحِ مِنَ

---

(١) فى ط : « وسدس » .

الشرح الكبير

عن القاضِى ، أنَّه لا يَمْلِكُ ذلك . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ ؛ لئَلَّا تَتَبعَّضَ صَفْقَةُ المُشْتَرِى . ولَنا ، أنَّ عَقْدَ الاثْنَيْن مع واحِدٍ عَقْدان ؛ لأنَّه مُشْتَرٍ مِن كلِّ واحِدٍ منهما مِلْكَه بثَمَنٍ مُفْرَدٍ ، فكان للشَّفِيعِ أخْذُه ، كما لو أفْرَدَه بعَقْدٍ ، وبهذا يَنْفَصِلُ عمّا ذَكَرُوه . وأمَّا إذا باعَ شِقْصَيْن مِن أرْضَيْن صَفْقَةً واحِدَةً لرجلٍ واحِدٍ ، وكان الشَّرِيكُ فى أحَدِهما غيرَ الشَّرِيكِ فى الآخَرِ ، فلهما أن يَأْخُذَا ويَقْسِما الثَّمَنَ على قَدْرِ القِيمَتَيْن ، وإن أخَذَ أحَدُهُما دُونَ الآخَرِ ، جازَ ، ويَأْخُذُ الشِّقْصَ الذى فى شَرِكَتِه بحِصَّتِه مِن الثَّمَنِ . ويَتَخَرَّجُ أن لا شُفْعَةَ له ؛ لأنَّ فيه تَبْعِيضَ الصَّفْقَةِ على المُشْتَرِى ،

الإنصاف

المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال الحارِثِىُّ : عليه الأصْحابُ حتى القاضى فى « المُجَرَّدِ » ؛ لأنَّهما عَقْدان ، لتوَقُّفِ نَقْلِ المِلْكِ عن كلِّ واحدٍ مِنَ البائعَيْن على عَقْدٍ ، فمَلَكَ الاقْتِصارَ على أحدِهما ، كما لو كانا مُتَعاقِبَيْن ، أو المُشْتَرِى اثْنين . وجزَم به فى « الكافِى » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهما . وصحَّحه فى « الخُلاصَةِ » ، و « شَرْحِ حَفيدِه[1] » ، وغيرِهما . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونَصَراه ، وغيرِهم . والوَجْهُ الثَّانى ، ليس له إلَّا أخْذُ الكُلِّ ، أوِ التَّرْكُ . اخْتارَه القاضى فى « الجامعِ الصَّغِيرِ » ، و « رُءوسِ المَسائلِ » . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقيل : له أخْذُ أحَدِهما هنا دُونَ التى بعدَها . جزَم به فى « الفُنونِ » ، وقاسَه على تعَدُّدِ المُشْتَرِى ،

---

(١) هو المنجى بن عثمان بن أسعد بن المنجى التنوخى الدمشقى زين الدين ، أبو البركات . فقيه أصولى ، مفسر نحوى ، من تصانيفه « شرح المقنع » فى أربع مجلدات ، وله تعاليق كثيرة من الفقه لم تبيض ، توفى سنة خمس وتسعين وستمائة . ذيل طبقات الحنابلة ٢/٣٢٢ ، ٣٢٣ .

الشرح الكبير

وذلك ضَرَرٌ به ، وليس له أخْذُهُما معًا ؛ لأنَّ أحَدَهما لا شَرِكَةَ له فيه ، ولا هو تابِعٌ لما فيه الشُّفْعَةُ ، فجَرَى مَجْرَى الشِّقْصِ والسَّيْفِ على ما نَذْكُرُه . وإن كان الشَّرِيكُ فيهما واحِدًا ، فله أخْذُهُما وتَرْكُهُما ؛ لأنَّه شَرِيكٌ فيهما ، وله أخْذُ أحَدِهما دُونَ الآخَرِ . وهو مَنْصُوصُ الشافعيِّ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه لا يَمْلِكُ ذلك ، ومتى اخْتارَه ، سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ فيهما ؛ لأنَّه أمْكَنَه أخْذُ المَبِيعِ كلِّه ، فلم يَمْلِكْ أخْذَ بعضِه ، كما لو كان شِقْصًا واحِدًا . ذَكَرَه أبو الخَطّابِ ، وبعضُ الشافعيَّةِ . ولَنا ، أنَّه يَسْتَحِقُّ كلَّ واحِدٍ منهما بسَبَبٍ غيرِ الآخَرِ ، فجَرَى مَجْرَى الشَّرِيكَيْن ، ولأنَّه لو جَرَى مَجْرَى الشِّقْصِ الواحِدِ لوَجَبَ - إذا كانا شَرِيكَيْن ، فتَرَكَ أحَدُهُما شُفْعَتَه - أن يكونَ للآخَرِ أخْذُ الكلِّ ، والأمْرُ بخِلافِه .

الإنصاف

بكلامٍ[(١)] يقْتَضِى أنَّه محَلُّ وِفاقٍ . وأطْلَقَهُنَّ فى « الفُروعِ » ، وهى تعَدُّدُ البائعِ . المَسْأَلَةُ الثَّانيةُ ، التَّعَدُّدُ بتَعَدُّدِ المَبيعِ ؛ فإنْ[(٢)] باعَ شِقْصَيْن مِن دارَيْن صَفْقَةً واحدةً مِن واحدٍ ، فللشَّفيعِ أخْذُهما جميعًا ، وإنْ أخَذ أحَدَهما ، فله ذلك . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال الحارِثِيُّ : هذا المذهبُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وصحَّحه فى « الخُلاصةِ » ، وحفيدُه فى « شَرْحِه » ، وغيرُهما . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونَصَراه ، وغيرِهم . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ ،

(١) سقط من : الأصل .
(٢) فى الأصل : « بأن » .

جزَم به ناظِمُها . والوَجْهُ الثَّانى ، ليس له أخْذُ أحَدِهما . وهو احْتِمالٌ فى « الهِدايَةِ » . قال بعضُهم : اخْتارَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وأطْلَقهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الفُروعِ » ، وهى تعَدُّدُ المَبيعِ . فعلى هذا الوَجْهِ ، إنِ اخْتارَ أحَدَهما ، سقَطَتِ الشُّفْعَةُ فيهما ؛ لتَرْكِ البَعضِ مع إمْكانِ أخْذِ الكُلِّ ، وكما لو كان شِقْصًا واحدًا .

تنبيه : هذا إذا اتَّحَدَ الشَّفِيعُ ، فإنْ كان لكُلِّ [٢١٠/٢ظ] واحدٍ منهما شَفِيعٌ ، فلهما أخْذُ الجميعِ ، وقِسْمَةُ الثَّمَنِ على القِيمَةِ ، وليس لواحدٍ منهما الانْفرادُ بالجميعِ ، فى أصحِّ الوَجْهَيْن . ذكَرَه المُصَنِّفُ وغيرُه ، نعمْ ، له الاقْتصِارُ على ما هو شَرِيكٌ فيه بحِصَّتِه مِنَ الثَّمَنِ ؛ وافَقَه الآخَرُ فى الأخْذِ ، أو خالَفَه . وخرَّج المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ انْتِفاءَ الشُّفْعَةِ بالكُلِّيَّةِ مِن مَسْألَةِ الشِّقْصِ ، والسَّيْفِ .

فائدة : بَقِىَ معنا للتَّعَدُّدِ صُورَةٌ ؛ وهى أنْ يَبيعَ اثْنان نَصِيبَهما مِنَ اثْنَيْن صفْقَةً واحدَةً ، فالتَّعَدُّدُ واقِعٌ مِنَ الطَّرَفَيْن ، والعَقْدُ واحدٌ . قال الحارِثِىُّ : ولهذا قال أصحابُنا : هى بمَثابَةِ أرْبَعِ صَفَقاتٍ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وقالا : هى أرْبعَةُ عُقُودٍ ؛ إذْ عقْدُ الواحدِ مع الاثْنَيْن عَقْدان ، فللشَّفيعِ أخْذُ الكُلِّ ، أو ماشاءَ منهما ، وذلك خَمْسَةُ أخْيرَةٍ ؛ أخْذُ الكُلِّ ، أخْذُ نِصْفِه ورُبْعِه منهما ، أخْذُ نِصْفِه منهما ، أخْذُ نِصْفِه مِن أحَدِهما ، أخْذُ رُبْعِه مِن أحَدِهما . ذكَرَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وغيرُهما . وقيل : ذلك عَقْدان . قدَّمه فى « الرِّعايَةِ » . قال فى « الفائقِ » : ولو تعَدَّدَ البائعُ والمَبِيعُ ، واتَّحَدَ العَقْدُ والمُشْتَرِى ، فعلى وَجْهَيْن .

المقنع وَإِنْ بَاعَ شِقْصًا وَسَيْفًا ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ الشِّقْصِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يَجُوزَ [١٤٤ و] .

الشرح الكبير **٢٤٠٦** – مسألة : (وإن باعَ شِقْصًا وسَيْفًا ، فللشَّفِيعِ أخْذُ الشِّقْصِ بحِصَّتِه مِن الثَّمَنِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَجُوزَ) إذا باع شِقْصًا مَشْفُوعًا ومعه ما لَا شُفْعَةَ فيه ، كالسَّيْفِ ، والثَّوْبِ ، فى عَقْدٍ واحِدٍ ، ثَبَتَتِ الشُّفْعَةُ فى الشِّقْصِ بحِصَّتِه مِن الثَّمنِ دُونَ ما معه ، فيُقَوَّمُ كلُّ واحِدٍ منهما ، ويُقْسَمُ الثَّمَنُ على قَدْرِ قِيمَتِهما ، فما يَخُصُّ الشِّقْصَ يأْخُذُ به الشَّفِيعُ . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَجِبَ ؛ لِئَلَّا تَتَبَعَّضَ صَفْقَةُ[1] المُشْتَرِى ، وفى ذلك إضْرارٌ به ، أشْبَهَ ما لو أرادَ أخْذَ بعضِ الشِّقْصِ . وقال مالكٌ : تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ فيهما ؛ لذلك . ولَنا ، أنَّ السَّيْفَ لا شُفْعَةَ فيه ، ولا هو تابعٌ لما فيه الشُّفْعَةُ ، فلم يُؤْخَذْ بالشُّفْعَةِ ، كما لو أفْرَدَه ، والضَّرَرُ اللَّاحِقُ بالمُشْتَرِى هو ألْحَقَه بنَفْسِه لجَمْعِه فى العَقْدِ بينَ ما تَثْبُتُ فيه الشُّفْعَةُ وما لا تَثْبُتُ ، ولأنَّ فى الأخْذِ بالكُلِّ إضْرارًا بالمُشْتَرِى أيضًا ؛ لأنه رُبَّما كان غَرَضُه فى إبْقاءِ السَّيْفِ له ، ففى أخْذِه منه إضْرارٌ به مِن غيرِ سَبَبٍ يَقْتَضِيه .

الإنصاف قوله : وإنْ باعَ شِقْصًا وسَيْفًا ، فللشَّفِيعِ أخْذُ الشِّقْصِ بحِصَّتِه مِنَ الثَّمَنِ – هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ – ويحتَمِلُ أنْ لا يجُوزَ . وهو تخْريجٌ لأبى الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » ، ومَن بعدَه ؛ بناءً على تفْريقِ الصَّفْقَةِ .

---

(١) فى م : « شفعة » .

المقنع

وَإِنْ تَلِفَ بَعْضُ الْمَبِيعِ ، فَلَهُ أَخْذُ الْبَاقِى بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : إِنْ كَانَ تَلَفُهُ بِفِعْلِ اللهِ تَعَالَى ، فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُهُ إِلَّا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ .

الشرح الكبير

٢٤٠٧ - مسألة : (وإن تَلِف بعضُ المَبيعِ ، فله أَخْذُ الباقِى بحِصَّتِه مِن الثَّمَنِ . وقال ابنُ حامِدٍ : إن كان تَلَفُه بفِعْلِ اللهِ تعالى ، فليس له أخْذُه إلَّا بجَمِيعِ الثَّمَنِ) إذا تَلِف الشِّقْصُ أو بعضُه فى يَدِ المُشْتَرِى ، فهو مِن ضَمانِه ؛ لأنَّه مِلْكُه تَلِف فى يَدِه ، فإن أرادَ الشَّفِيعُ الأخْذَ إذا تَلِف بعضُه ، أخَذَ المَوْجُودَ بحِصَّتِه مِن الثَّمنِ ، سَواءٌ كان التَّلَفُ بفِعْلِ اللهِ تَعالَى أو بفِعْلِ آدَمِىٍّ ، وسَواءٌ تَلِفَ باخْتِيارِ المُشْتَرِى ؛ كنَقْضِه البِنَاءَ ،

الإنصاف

فائدة : أخْذُ الشَّفيعِ للشِّقْصِ لايُثْبِتُ خِيارَ التَّفْريقِ للمُشْتَرِى . قالَه فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه . واقْتصَرَ عليه الحارِثِىُّ .

قوله : وإنْ تَلِفَ بَعضُ المَبيعِ ، فله أخْذُ الباقِى بحِصَّتِه مِنَ الثَّمَنِ . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه الأصحابُ ، إلَّا أنَّ ابنَ حامِدٍ اخْتارَ أنَّه إنْ كان تَلَفُه بفِعْلِ اللهِ تعالَى ، فليس له أخْذُه إلَّا بجَميعِ الثَّمَنِ ، كما نقَلَه المُصَنِّفُ عنه .

فائدة : لو تعَيَّبَ المَبِيعُ بعَيْبٍ مِنَ العُيوبِ المُنْقِصَةِ للثَّمَنِ ، مع بَقاءِ عَيْنِه ، فليس له الأخْذُ إلَّا بكُلِّ الثَّمَنِ ، أو التَّرْكُ . قطَع به المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، له الأخْذُ بالحِصَّةِ . اخْتارَه القاضى يَعْقُوبُ . قال الحارِثِىُّ : وأظُنُّ ، أو أجْزِمُ ، أنَّه قوْلُ القاضى فى « التَّعْليقِ » . قال : وهو الصَّحيحُ .

الشرح الكبير

أو بغيرِ اخْتِيارِه ، مثلَ أنِ انْهَدَمَ . ثم إن كانتِ الأنْقاضُ[1] مَوْجُودَةً ، أخَذَها مع العَرْصَةِ بالحِصَّةِ ، وإن كانت مَعْدُومَةً ، أخَذَ العَرْصَةَ[2] وما بَقِىَ مِن البِنَاءِ . هذا ظاهِرُ كَلامِ أحمدَ فى رِوايةِ ابنِ القاسِمِ . وهو قولُ الثَّوْرِىِّ ، والعَنْبَرِىِّ ، وأبى يُوسُفَ ، وقولٌ للشافعىِّ . وقال ابنُ حامِدٍ : إن كان التَّلَفُ بفِعْلِ آدَمِىٍّ ، كما ذَكَرْنا ، وإن كان بفِعْلِ اللهِ تعالَى ؛ كانْهِدامِ البِناءِ بنَفْسِه ، أو حَرِيقٍ ، أو غَرَقٍ ، فليس للشَّفِيعِ أخْذُ الباقِى إلَّا بكلِّ الثَّمَنِ ، أو يَتْرُكُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، وقولٌ للشافعىِّ ؛ لأنَّه متى كان النَّقْصُ بفِعْلِ آدَمِىٍّ ، رَجع بَدَلُه إلى المُشْتَرِى ، فلا يَتَضَرَّرُ ، ومتى كان بغيرِ ذلك ، لم يَرْجِعْ إليه شىءٌ ، فيكونُ الأخْذُ منه إضْرارًا به ، والضَّرَرُ لا يُزَالُ بالضَّرَرِ . ولَنا ، أنَّه تَعَذَّرَ على الشَّفِيعِ أخْذُ الجميعِ ، وقَدَر على أخْذِ البَعْضِ ، فكان له بالحِصَّةِ ، كما لو تَلِفَ [١٢٩/٥ ظ] بفعلِ آدَمِىٍّ سِوَاه ، وكما لو كان له شَفِيعٌ آخَرُ ، أو نقولُ : أخَذَ بعضَ ما دَخَل معه فى العَقْدِ ، فأخَذَه بالحِصَّةِ ، كما لو كان معه سَيْفٌ . وأمَّا الضَّرَرُ فإنَّما حَصَل بالتَّلَفِ ، ولا صُنْعَ للشَّفِيعِ فيه ، والذى يَأْخُذُه الشَّفِيعُ يُؤَدِّى ثَمَنَه ، فلا يَتَضَرَّرُ المُشْتَرِى بأخْذِه . وإنما قُلْنا : يَأْخُذُ الأنْقاضَ[1] وإن كانت مُنْفَصِلَةً ؛ لأنَّ اسْتِحْقاقَه كان حالَ عَقْدِ البَيْعِ ، وفى تلك الحالِ كان مُتَّصِلًا اتِّصالًا ليس مَآلُه إلى الانْفِصالِ ، وانفِصالُه بعدَ ذلك لا يُسْقِطُ حَقَّ الشُّفْعَةِ .

الإنصاف ....

(١) فى م : « الأبعاض » .
(٢) فى م : « العوض » .

المقنع

فَصْلٌ : الْخَامِسُ ، أَنْ يَكُونَ لِلشَّفِيعِ مِلْكٌ سَابِقٌ .

الشرح الكبير

ويُفارِقُ الثَّمَرَةَ غيرَ المُؤَبَّرَةِ إذا أُبِّرَتْ ، فإنَّ مَآلَها إلى الانْفِصالِ والظُّهُورِ ، فإذا ظَهَرَتْ فقد انْفَصَلَتْ ، فلم تَدْخُلْ فى الشُّفْعَةِ . وإن نَقَصَتِ القِيمَةُ مع بَقاءِ صُورَةِ المَبِيعِ ، مثلَ أنِ انْشَقَّ الحائِطُ ، واسْتَهْدَمَ البِناءُ ، وشَعِثَ الشَّجَرُ ، وبارَتِ الأرْضُ ، فليس له إلَّا أن يَأْخُذَ بجَمِيعِ الثَّمَنِ أو يَتْرُكَ ؛ لأنَّ هذه المَعانِىَ لا يُقابِلُها الثَّمَنُ ، بخِلافِ الأعْيانِ ، ولهذا لو بَنَى المُشْتَرِى ، أعْطاه الشَّفِيعُ قِيمَةَ بنائِه ، ولو زادَ المَبِيعُ زِيادَةً مُتَّصِلَةً ، دَخَلَتْ فى الشُّفْعَةِ .

فصل : الشرطُ (الخامسُ ، أن يكونَ للشَّفِيعِ مِلْكٌ سابِقٌ) لأنَّ الشُّفْعَةَ إنَّما ثَبَتَتْ للشَّرِيكِ لدَفْعِ الضَّرَرِ عنه ، وإذا لم يَكُنْ له مِلْكٌ سابِقٌ فلا ضَرَرَ عليه ، فلا تَثْبُتُ له الشُّفْعَةُ .

الإنصاف

قوله : الخامسُ ، أنْ يكونَ للشَّفِيعِ مِلْكٌ سابِقٌ ، فإنِ اشْتَرَى اثْنان دارًا صَفْقَةً واحِدَةً ، فلا شُفْعَةَ لأحَدِهما على صاحِبِه – بلا نِزاعٍ – فإنِ ادَّعَى كُلُّ واحِدٍ منهما السَّبْقَ ، فتحالَفا أوْ تعارَضَتْ بَيِّنَتاهما ، فلا شُفْعَةَ لهما . هذا المذهبُ فى تَعارُضِ البَيِّنَتَيْن ، على ما يأْتِى فى بابِه . فإنْ قيلَ باسْتِعْمالِهما بالقُرْعَةِ ، فمَن قرَعَ ، حلَف ، وقُضِىَ له . وإنْ قيلَ باسْتِعْمالِهما بالقِسْمَةِ ، فلا أثَرَ لها ههنا ؛ لأنَّ العَيْنَ بينَهما مُنْقَسِمَةٌ ، إلَّا أنْ تتَفاوَتَ الشَّرِكَةُ ، فيُفِيدَ التَّنْصِيفَ ، ولا يَمِينَ إذًا ، على ما يأْتِى إنْ شاءَ اللهُ تعالَى .

المقنع

فَإِنِ اشْتَرَى اثْنَانِ دَارًا صَفْقَةً وَاحِدَةً ، فَلَا شُفْعَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ . وَإِنِ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السَّبْقَ ، فَتَحَالَفَا ، أَوْ تَعَارَضَتْ بَيِّنَتَاهُمَا ، فَلَا شُفْعَةَ لَهُمَا .

الشرح الكبير

٢٤٠٨ – مسألة : (فإنِ اشْتَرَى اثْنان دارًا صَفْقَةً واحِدَةً ، فلا شُفْعَةَ لأحَدِهما على صاحِبِه) لأنَّه لا مَزِيَّةَ لأحَدِهما على صاحِبه ؛ لتَساوِيهما .

٢٤٠٩ – مسألة : (فإنِ ادَّعَى كلُّ واحدٍ منهما السَّبْقَ ، فتَحالَفَا ، أو تَعارَضَتْ بَيِّنَتاهُما ، فلا شُفْعَةَ لهما) إذا كانت دارٌ بينَ رَجُلَيْن ، فادَّعَى كلُّ واحِدٍ منهما على صاحِبه أنَّه يَسْتَحِقُّ ما فى يَدِه بالشُّفْعَةِ ، سُئِلَا : متى مَلَكْتُماهَا ؟ فإن قالا : مَلَكْناها دَفْعَةً واحِدَةً . فلا شُفْعَةَ لأحَدِهما على الآخَرِ ؛ لأنَّ الشُّفْعَةَ إنَّما ثَبَتَتْ بمِلْكٍ سابقٍ فى مِلْكٍ مُتَجَدِّدٍ بعدَه . وإن قال كلُّ واحِدٍ منهما : مِلْكِى سابقٌ . ولأحَدِهما بَيِّنَةٌ بما ادَّعاهُ ، قُضِىَ له . وإن كان لكلِّ واحِدٍ[1] منهما بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ أسْبَقُهما تارِيخًا ، فإن شَهِدَتْ بَيِّنَةُ كلِّ واحِدٍ منهما بسَبْقِ مِلْكِه وتَجَدُّدِ مِلْكِ صاحِبه ، تعارَضَتَا . وإن لم [١٣٠/٥ و] يَكُنْ لواحِدٍ منهما بَيِّنَةٌ ، سَمِعْنا دَعْوَى السّابقِ ، وسَأَلْنا خَصْمَه ، فإن أنْكَرَ ، فالقَوْلُ قولُه مع يَمينِه ، فإن حَلَف ، سَقَطَتْ دَعْوَى الأوَّلِ ، ثم نَسْمَعُ دَعْوَى الثانى على الأوَّلِ ، فإن أنْكَرَ وحَلَف ، سَقَطَتْ دَعْواهُما جَمِيعًا . وإنِ ادَّعَى الأوَّلُ فنَكَلَ الثانِى عن اليَمِين ، قَضَيْنا عليه ، ولم نَسْمَعْ دَعْواه ؛ لأنَّ خَصْمَه قد اسْتَحَقَّ مِلْكَه . وإن حَلَف الثانى ونَكَل

الإنصاف

....

(١) سقط من : الأصل .

المقنع

وَلَا شُفْعَةَ بِشَرِكَةِ الْوَقْفِ ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

الأَوَّلُ ، قَضَيْنا عليه .

٢٤١٠ – مسألة : (ولا شُفْعَةَ بِشَرِكَةِ الوَقْفِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن) ذَكَرَه القاضِيَان ابنُ أبى مُوسَى ، وأبو يَعْلَى . وهو ظاهِرُ مَذْهَبِ الشافعىِّ ؛ لأنَّه لا يُؤْخَذُ بالشُّفْعَةِ ، فلا تَجِبُ به ، كالمُجاوِرِ وما لا يَنْقَسِمُ . ولأنَّنا إن قُلْنا : هو غيرُ مَمْلُوكٍ . فالمَوْقُوفُ عليه غيرُ مالكٍ . وإن قُلْنا : هو مَمْلُوكٌ . فمِلْكُه غيرُ تامٍّ ؛ لأنَّه لا يُبِيح[1] إباحَةَ التَّصَرُّفِ فى الرَّقَبَةِ ، فلا يَمْلِكُ به مِلْكًا تامًّا . وقال أبو الخَطّابِ : إن قُلْنا : هو مَمْلُوكٌ . وَجَبَتْ به الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّه مَمْلُوكٌ بِيعَ فى شَرِكَتِه شِقْصٌ ، فوَجَبَتْ به الشُّفْعَةُ ، كالطِّلْقِ[2] ، ولأنَّ الضَّرَرَ يَنْدَفِعُ عنه بالشُّفْعَةِ ، فوَجَبَتْ فيه ، كوُجُوبِها فى الطِّلْقِ ، وإنَّما لم يَسْتَحِقَّ بالشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ الأَخْذَ بها بَيْعٌ ، وهو مِمّا لا يَجُوزُ بيْعُه .

الإنصاف

قوله : ولا شُفْعَةَ بشَرِكَةِ الوَقْفِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن . إذا بِيعَ طِلْقٌ فى شَرِكَةِ وَقْفٍ ، فهل يسْتَحِقُّه المَوْقوفُ عليه ؟ لا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ نقولَ : يمْلِكُ المَوْقوفُ عليه الوَقْفَ ، أو لا . فإنْ قُلْنا : يمْلِكُه . وهو المذهبُ على ما يأْتِى ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ هنا ، أنَّه لا شُفْعَةَ له . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقطَع به أيضًا ابنُ أبِى مُوسى ، والقاضى وابنُه ، وابنُ عَقِيلٍ ، والشَّرِيفان ؛ أبو جَعْفَرٍ ، والزَّيْدِىُّ ، وأبو الفَرَجِ الشِّيرازِىُّ فى آخَرين . واخْتارَه المُصَنِّفُ وغيرُه . وصحَّحه

---

(١) فى الأصل : « يصح » .

(٢) لعله أراد به غير الوقف .

الإنصاف

فى « الخُلاصةِ » ، و « النَّظْمِ » . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وقال أبو الخَطَّابِ : له الشُّفْعَةُ . قال الحارِثِىُّ : وُجُوبُ الشُّفْعَةِ ، على قَوْلِنا بالمِلْكِ ، هو الحقُّ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الكافِى » . وإنْ قُلْنا : لا يمْلِكُ المَوْقوفُ عليه الوَقْفَ . فلا شُفْعَةَ أيضًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، قطَع به الجُمْهورُ ؛ منهم القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، وصاحِبُ « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، ومَن تقدَّم ذِكْرُه فى المَسْأَلَةِ الأُولَى ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقيل : له الشُّفْعَةُ . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وقيلَ : إنْ قُلْنا : القِسْمَةُ إفْرازٌ . وَجَبَتْ ، وإلَّا فلا . انتهى . اخْتارَ فى « التَّرْغيبِ » ، إنْ قُلْنا : القِسْمَةُ إفْرازٌ . وجَبَتْ هى ، والقِسْمَةُ بينَهما . فعلى هذا ، الأصحُّ ، يُؤْخَذُ بها مَوْقُوفٌ جازَ بَيْعُه . قال فى « التَّلْخيصِ » ، بعدَ أنْ حكَى كلامَ أبِى الخَطَّابِ المُتقَدِّمِ : ويتَخَرَّجُ عندِى ، وإنْ قُلْنا : يَمْلِكُه فى الشُّفْعَةِ ، وَجْهان مَبْنِيَّان على أنَّه ، هل يُقْسَمُ الوَقْفُ ، والطَّلَقُ ، أمْ لا ؟ فإنْ قُلْنا : القِسْمَةُ إفْرازٌ . قُسِمَ ، وتجِبُ الشُّفْعَةُ ، وإنْ قُلْنا : بَيْعٌ . فلا قِسْمَةَ ، ولا شُفْعَةَ . انتهى . قال فى « القواعِدِ » ، بعدَ أنْ حكَى الطَّرِيقتَيْن : هذا كلُّه مُفَرَّعٌ [٢/٢١١و] ، على المذهبِ فى جَوازِ قِسْمَةِ الوَقْفِ ، مِنَ الطَّلَقِ . أمَّا على الوَجْهِ الآخَرِ بمَنْعِ القِسْمَةِ ، فلا شُفْعَةَ ؛ إذْ لا شُفْعَةَ فى ظاهِرِ المذهبِ ، إلَّا فيما يقْبَلُ القِسْمَةَ مِنَ العَقارِ . وكذلك بنَى صاحِبُ « التَّخيصِ » الوَجْهَيْن على الخِلافِ فى قَبُولِ القِسْمَةِ . انتهى .

تنبيه : هذه الطَّريقةُ التى ذكَرْناها وهى ؛ إنْ قُلْنا : المَوْقوفُ عليه يمْلِكُ الوَقْفَ . وجَبَتِ الشُّفْعَةُ . أو : لا يمْلِكُ . فلا شُفْعَةَ ، هى طريقةُ أبِى الخَطَّابِ ، وجماعةٍ .

المقنع

فَصْلٌ : وَإِنْ تَصَرَّفَ الْمُشْتَرِى فِى الْمَبِيعِ قَبْلَ الطَّلَبِ بِوَقْفٍ أَوْ هِبَةٍ ، سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ . نَصَّ عَلَيْهَا . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا تَسْقُطُ .

الشرح الكبير

فصل : (وإن تَصَرَّفَ المُشْتَرِى فى المَبِيع قبلَ الطَّلَبِ بوَقْفٍ أو هِبَةٍ ، سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ . نَصَّ عليه) فى رِوايَةِ علىِّ بنِ سعيدٍ ، وبكرِ بنِ محمدٍ . وحُكِىَ ذلك عن الماسَرْجِسِىِّ[1] فى الوَقْفِ ؛ لأنَّ الشُّفْعَةَ إنَّما تَثْبُتُ فى المَمْلُوكِ ، وقد خَرَج بهذا عن كَوْنِه مَمْلُوكًا . قال ابنُ أبى مُوسَى : مَن اشْتَرَى دارًا فجعَلَها مَسْجِدًا ، فقد اسْتَهْلَكَها ، ولا شُفْعَةَ فيها . ولأنَّ فى الشُّفْعَةِ هٰهُنا إضْرارًا بالمَوْهُوبِ له ، والمَوْقُوفِ عليه ؛ لأنَّ مِلْكَه يَزُولُ عنه بغيرِ عِوَضٍ ، ولا يُزالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ ، بخِلافِ البَيْعِ ، فإنَّه إذا فَسَخ

الإنصاف

وللأَصحابِ طريقةٌ أُخْرَى ؛ وهى أنَّ الخِلافَ جارٍ ، سواءٌ قُلْنا : يمْلِكُ المَوْقوفُ عليه الوَقْفَ . أَمْ لا . وهى طريقَةُ الأكْثَرِين ، وهى طريقةُ المُصَنِّفِ هنا وغيرِه . ومنهم مَن قال : إنْ قُلْنا بعَدَمِ المِلْكِ ، فلا شُفْعَةَ ، وإنْ قيلَ بالمِلْكِ ، فوَجْهان . وهى طريقةُ صاحبِ « المُحَرَّرِ » . واخْتارَه فى « التَّلْخيصِ » ، لكِنْ بَناه على ما تقدَّم .

قوله : وإنْ تَصَرَّفَ المُشْتَرِى فى المَبيعِ قبلَ الطَّلَبِ بوَقْفٍ أَوْ هِبَةٍ – وكذا

---

(١) فى حاشية الأصل ، ر ١ ، ر ٢ : « الماسرجسى من الشافعية » .
وهو محمد بن على بن سهل النيسابورى الماسرجسى أبو الحسن ، شيخ القاضى أبى الطيب الطبرى ، كان إماما من الفقهاء الشافعية من أعلم الناس بالمذهب وفروع المسائل ، توفى سنة أربع وثمانين وثلاثمائة وهو ابن ست وثمانين سنة . طبقات الشافعية (للأسنوى) ٢/٣٨٠ ، ٣٨١ . تهذيب الأسماء ٢/٢١٢ – ٢١٤ .

الشرح الكبير

البَيْعَ الثانِىَ ، رَجَع المُشْتَرِى الثانى بالثَّمَنِ الذى أُخِذَ منه ، فلا يَلْحَقُه ضَرَرٌ ، ولأنَّ ثُبُوتَ الشُّفْعَةِ هـٰهُنا يُوجِبُ رَدَّ العِوَضِ إلى غيرِ المالِكِ وسَلْبَه عن المالِكِ ، وفى ذلك ضَرَرٌ ، فيكونُ مَنْفِيًّا . وقال أبو بكرٍ : للشَّفِيعِ فَسْخُ ذلك وأخْذُه بالثَّمَنِ الذى وَقَع به [٥/ ١٣٠ ظ] البَيْعُ . وهذا قولُ مالكٍ ،

الإنصاف

بصَدَقةٍ – سقَطَتْ – وكذا لو أَعْتَقَه – نصَّ عليه . [(١)]وقُلْنا : فيه الشُّفْعَةُ ، على ما تقدَّم[(١)] . وهذا المذهبُ فى الجميعِ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحاب . قال الحارِثِىُّ : وقال أصحابُنا : إنْ تصَرَّفَ بالهِبَةِ أو الصَّدَقةِ أوِ الوَقْفِ ، بطَلَتِ الشُّفْعَةُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وصحَّحه فى « الخُلاصةِ » وغيرِها . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « ناظِمِ المُفْرَداتِ » ، وهو منها ؛ فقالَ ، بعدَ أنْ ذكَر الوَقْفَ ، والهِبَةَ ، والصَّدَقَةَ : جمهورُ الأصحابِ على هذا النَّمَطِ . والقاضى قال : النَّصُّ فى الوَقْفِ فقط .

وقال أبو بَكْرٍ فى « التَّنْبِيهِ » : ولو بنَى حِصَّتَه مَسْجِدًا ، كان البِناءُ باطِلًا ؛ لأنَّه وقَع فى غيرِ مِلْكٍ تامٍّ له . هذا لَفْظُه . قال المُصَنِّفُ : القِياسُ قَوْلُ أبِى بَكْرٍ . واخْتارَه فى « الفائقِ » . قال الحارِثِىُّ : وهو قَوِىٌّ جدًّا . وقال : حكَى القاضى أنَّ أبا بَكْرٍ قال فى « التَّنْبِيهِ » : الشَّفِيعُ بالخِيارِ بينَ أنْ يُقِرَّه على ما تصَرَّفَ ، وبينَ أنْ يَنْقُضَ التَّصَرُّفَ ؛ فإنْ كان وَقْفًا على قَوْمٍ ، فسَخَه ، وإنْ كان مَسْجِدًا ، نقَضَه ؛ اعْتِبارًا به لو تصَرَّفَ بالبَيْعِ . قال : وتَبِعَه الأصحابُ عليه ، ومِن ضَرُورَتِه عدَمُ السُّقُوطِ

(١ – ١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

والشافعيُّ[1] ، وأصحابِ الرَّأْيِ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ يَمْلِكُ فَسْخَ البَيْعِ الثانى والثالِثِ مع إمْكانِ الأخْذِ بهما ، فَلأنْ يَمْلِكَ فَسْخَ عَقْدٍ لا يُمْكِنُه الأخْذُ به أوْلَى ، ولأنَّ حَقَّ الشَّفِيعِ أسْبَقُ ، وجَنَبَتُه أقْوَى ، فلم يَمْلِكِ المُشْتَرِى تَصرُّفًا يُبْطِلُ حَقَّه ، ولا يَمْتَنِعُ أن يَبْطُلَ الوَقْفُ لأجْلِ حَقِّ الغَيْرِ ، كما لو وَقَف المَرِيضُ أمْلاكَه وعليه دَيْنٌ ، فإنَّه إذا مات رُدَّ الوَقْفُ إلى الغُرَماءِ والوَرَثَةِ فيما زادَ على ثُلُثِه ، بل لهم إبْطالُ العِتْقِ ، والوَقْفُ أوْلَى . فإذا قُلْنا

الإنصاف

مُطْلَقًا . كما ذكَرَه المُصَنِّفُ هنا عنه ، قال : ولم أرَ هذا فى « التَّنبِيهِ » ، إنَّما فيه ما ذكَرْنا أوَّلًا ، مِن بُطْلانِ أصْلِ التَّصرُّفِ ، وبينَهما مِنَ البَوْنِ ما لا يخْفَى . انتهى . وقال فى « الفائقِ » : وخصَّ القاضى النَّصَّ بالوَقْفِ ، ولم يجْعَلْ غيرَه مُسْقِطًا ، اخْتارَه شيْخُنا . انتهى . قال فى « الفُصولِ » : وعنه ، لا تسْقُطُ ؛ لأنَّه شَفِيعٌ . وضعَّفَه بِوقْفِ غَصْبٍ أو مَرِيضٍ مَسْجِدًا .

تنبيه : قال فى « القاعِدَةِ الرَّابعَةِ والخَمْسِين » : صرَّح القاضى بجَوازِ الوَقْفِ ، والإقْدامِ عليه ، وظاهِرُ كلامِه فى مَسْألَةِ التَّحَيُّلِ على إسْقاطِ الشُّفْعَةِ ، تَحْرِيمُه ، وهو الأظهَرُ . انتهى . قلتُ : قد تقدَّم كلامُ صاحبِ « الفائقِ » فى ذلك ، فى أوَّلِ البابِ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لا يُسْقِطُ رَهْنُه الشُّفْعَةَ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وإنْ سقَطَتْ بالوَقْفِ والهِبَةِ والصَّدَقَةِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . ونصَرَه الحارِثِىُّ . وقيل : الرَّهْنُ كالوَقْفِ والهِبَةِ والصَّدَقَةِ . جزَم به فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ،

---

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

بِثُبُوتِ الشُّفْعَةِ ، أخَذَ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ مِمَّن هو فى يَدِه ، ويَفْسَخُ عَقْدَه ، ويَدْفَعُ الثَّمَنَ إلى المُشْتَرِى . وحُكِىَ عن مالكٍ أنَّه يكونُ للمَوْهُوبِ له ؛ لأنه يَأْخُذُ مِلْكَه . ولَنا ، أنَّ الشَّفِيعَ يُبْطِلُ الهِبَةَ ، ويَأْخُذُ الشِّقْصَ بِحُكْمِ العَقْدِ الأوَّلِ ، ولو لم يَكُنْ وَهَب كان الثَّمَنُ له ، فكذلك بعدَ الهِبَةِ المَفْسُوخَةِ .

الإنصاف

و « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . قال الحارِثِىُّ : أَلْحَقَ المُصَنِّفُ الرَّهْنَ بالوَقْفِ ، والهِبَةِ ، وهو بعيدٌ عن نصِّ أحمدَ ؛ فإنَّه أبْطَلَ فى الصَّدَقَةِ والوَقْفِ بالخُروجِ عنِ اليَدِ والمِلْكِ ، والرَّهْنُ غيرُ خارجٍ عنِ المِلْكِ ، فامْتنَعَ الإلْحاقُ . انتهى . وقال فى « الفائقِ » : وخصَّ القاضى النَّصَّ بالوَقْفِ ، ولم يجْعَلْ غيرَه مُسْقِطًا . اخْتارَه شيْخُنا ، يعْنِى الشَّيْخَ تَقِىَّ الدِّينِ ، وكلامُ الشَّيْخِ ، يعْنِى به المُصَنِّفَ ، يقْتَضِى مُساواةَ الرَّهْنِ ، والإجارَةِ ، وكلِّ عَقْدٍ لا تجِبُ الشُّفْعَةُ فيه للوَقْفِ . قال ، يعْنِى المُصَنِّفَ : ولو جعَلَه صَداقًا ، أو عِوَضًا عن خُلْعٍ ، انْبَنَى على الوَجْهَيْن فى الأخْذِ بالشُّفْعَةِ . انتهى . وقدَّم فى « الرِّعايَةِ » سقُوطَها بإجارَةٍ وصدَقَةٍ . الثَّانيةُ ، لو أوْصَى بالشِّقْصِ ؛ فإنْ أخذ الشَّفِيعُ قبلَ القَبُولِ ، بطَلَتِ الوَصِيَّةُ ، واسْتَقرَّ الأخْذُ . ذكَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والحارِثِىُّ ، وغيرُهم . وإنْ طلَبَ ولم يأْخُذْ بعدُ ، بطَلَتِ الوَصِيَّةُ أيضًا ، ويدْفَعُ الثَّمَنَ إلى الوَرَثَةِ ؛ لأنَّه مِلْكُهم ، وإنْ كان المُوصَى له قَبِلَ قبلَ أخْذِ الشَّفِيعِ أو طَلَبِه ، فكما مَرَّ فى الهِبَةِ ؛ تنْقَطِعُ الشُّفْعَةُ بها على المذهبِ . قال الحارِثِىُّ : وعلى المَحْكِىِّ عن أبِى بَكْرٍ ، وإنْ كان لا يثْبُتُ عنه ، لا تَنْقَطِعُ ، وهو الحقُّ . انتهى . وهو مُقْتَضَى إطْلاقِ المُصَنِّفِ فى « المُغْنِى » .

المقنع

وَإِنْ بَاعَ فَلِلشَّفِيعِ الْأَخْذُ بِأَىِّ الْبَيْعَيْنِ شَاءَ ، فَإِنْ أَخَذَ بِالْأَوَّلِ ، رَجَعَ الثَّانِى عَلَى الْأَوَّلِ .

الشرح الكبير

٢٤١١ – مسألة : (وإن باعَ ، فله الأخذُ بأىِّ البَيْعَيْن شاءَ ، فإن أخَذَ بالأوَّلِ ، رَجَع الثانِى على الأوَّلِ) إذا تَصرَّفَ المُشْترِى فى المَبِيعِ قبلَ أخْذِ الشَّفِيعِ أو قبلَ عِلْمِه ، صَحَّ تَصرُّفُه ؛ لأنَّه مَلَكَه ، وصَحَّ قَبْضُه له ، ولم يَبْقَ إلَّا أنَّ الشَّفِيعَ مَلَكَ أن يتَمَلَّكَه عليه ، وذلك لا يَمْنَعُ مِن تَصرُّفِه ، كما لو كان أحَدُ العِوَضَيْن فى البَيْعِ مَعِيبًا[1] ، لم يَمْنَعِ التَّصرُّفَ فى الآخَرِ ، والمَوْهُوبُ له يَجُوزُ له التَّصرُّفُ فى الهِبَةِ . وإن كان الواهِبُ مِمَّن له الرُّجُوعُ فيه ، فمتى تَصرَّفَ فيه تَصرُّفًا تَجِبُ به الشُّفْعَةُ ، كالبَيْعِ ، فللشَّفِيعِ الخِيارُ ، إن شاء فَسَخ البَيْعَ الثانىَ وأخَذَه بالبيعِ الأوَّلِ بثَمَنِه ؛ لأنَّ الشُّفْعَةَ وَجَبَتْ له قبلَ تَصرُّفِ المُشْتَرِى ، وإن شاءَ أمْضَى تَصرُّفَه وأخَذَ بالشُّفْعَةِ مِن المُشْتَرِى الثانى ؛ لأنَّه شَفِيعٌ فى العَقْدَيْن ، فكان له الأخْذُ بأيِّهما شاءَ . وإن تَبايَعَ ذلك ثلاثةٌ ، فله أن يَأْخُذَ بالبَيْعِ الأوَّلِ ، ويَنْفَسِخُ العَقْدان الآخَران ، وله أن يَأْخُذَه بالثانى ، ويَنْفَسِخُ الثالِثُ وحدَه ، وله أن يَأْخُذَه بالثالِثِ ، ولا يَنْفَسِخُ شىءٌ مِن العُقُودِ ، فإذا أخَذَه مِن الثالِثِ ، دَفَع إليه

الإنصاف

قوله : وإنْ باعَ ، فللشَّفِيعِ الأخْذُ بأىِّ البَيْعَيْن شاءَ . هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ ، والمَشْهورُ عند الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقال ابنُ أبِى مُوسى : يأْخُذُه ممَّن هو فى يَدِه . وهو ظاهِرُ كلامِ ابنِ عَقِيلٍ فى « التَّذْكِرَةِ » ؛ لأنَّه قال : إذا خرَج مِن يَدِه ومِلْكِه ، كيفَ يُسْلَمُ ؟ وقيل [٢١١/٢ظ] : البَيْعُ باطِلٌ . وهو ظاهِرُ

---

(١) فى م : « معينا » .

المقنع وَإِنْ فُسِخَ الْبَيْعُ بِعَيْبٍ أَوْ إِقَالَةٍ أَوْ تَحَالُفٍ ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ ،

الشرح الكبير الثَّمَنَ الذى اشْتَرَى به ، ورَجَع الثالِثُ عليه بما أعْطاه ؛ لأنَّه قد انْفَسَخَ عَقْدُه وأُخِذَ الشِّقْصُ منه ، فرَجَعَ بثَمَنِه على الثانى ؛ لأنَّه أخَذَه [١٣١/٥ و] منه ، وإن أخَذَ بالبَيْعِ الأوَّلِ ، دَفَع إلى المُشْتَرِى الأوَّلِ الثَّمَنَ الذى اشْتَرَى به ، وانْفَسخَ عَقْدُ الآخَرَيْن ، ورَجَع الثالِثُ على الثانى بما أعْطاه ، والثانى على الأوَّلِ بما أعْطاهُ ، فإن كان الأوَّلُ اشْتَراه بعَشَرةٍ ، ثم اشْتَراه الثانى بعِشْرِين ، ثم اشْتَراه الثالِثُ بثَلاثِينَ ، فأخَذَه بالبَيْعِ الأوَّلِ ، دَفَع إلى الأوَّلِ عَشَرَةً ، وأخَذَ (١)الثّانى مِن الأوَّلِ(١) عِشْرِينَ ، وأخَذَ الثالِثُ مِن الثانى ثَلاثِينَ ؛ لأنَّ الشِّقْصَ إنَّما يُؤْخَذُ مِن الثالِثِ ؛ لكَوْنِه فى يَدِه ، وقد انْفَسَخَ عَقْدُه ، فيَرْجِعُ بثَمَنِه الذى وَزَنَه . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا . وبه يقولُ مالكٌ ، والشافعىُّ ، والعَنْبَرِىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وما كان فى مَعْنَى البَيْعِ مِمّا تَجِبُ به الشُّفْعَةُ ، فهو كالبَيْعِ ، على ما ذَكَرْنا ، وإن كان مِمّا لا تَجِبُ به الشُّفْعَةُ ، فهو كالهِبَةِ والوَقْفِ ، على ما ذَكَرْنا مِن الخِلافِ فيه . واللهُ أعْلَمُ .

٢٤١٢ – مسألة : (وإن فُسِخَ البَيْعُ بعَيْبٍ أو إقالةٍ أو تَحالُفٍ ،

الإنصاف كلامِ أبى بَكْرٍ فى « التَّنْبِيهِ » . قالَه فى « القاعِدَةِ الرَّابِعَةِ والعِشْرِين » . وقال فى آخِرِ « القاعِدَةِ الثَّالثَةِ والخَمْسِين » : وذكَر أبو الخَطَّابِ أنَّ تَصرُّفَ المُشْتَرِى فى الشِّقْصِ المَشْفوعِ يصِحُّ ، ويقِفُ على إجازَةِ الشَّفِيعِ .

قوله : وإنْ فُسِخَ البَيْعُ بعَيْبٍ أوْ إقالَةٍ ، فللشَّفِيعِ أخْذُه . إذا تقايَلا الشِّقْصَ ، ثم

(١ – ١) فى م : « الأول من الثانى » .

المقنع

وَيَأْخُذُهُ فِى التَّحَالُفِ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْبَائِعُ .

الشرح الكبير

فللشَّفِيعِ أخْذُه ، ويَأْخُذُه فى التَّحالُفِ بما حَلَف عليه البائِعُ) إذا رَدَّ المُشْتَرِى الشِّقْصَ بعَيْبٍ أو قايَلَ البائِعَ ، فللشَّفِيعِ فَسْخُ الإقالَةِ والرَّدِّ والأخْذُ بالشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ حَقَّه سابِقٌ عليهما ، ولا يُمْكِنُه الأخْذُ معهما . وإن تَحالَفَا على الثَّمَنِ وفَسَخَا البَيْعَ ، فللشَّفِيعِ أن يَأْخُذَ الشِّقْصَ بما حَلَف عليه البائِعُ ؛ لأنَّ البائِعَ مُقِرٌّ بالبَيْعِ بالثَّمَنِ الذى حَلَف عليه ، ومُقِرٌّ للشَّفِيعِ باسْتِحْقاقِ الشُّفْعَةِ بذلك ، فإذا بَطَل حَقُّ المُشْتَرِى بإنْكارِه ، لم يَبْطُلْ حَقُّ الشَّفِيعِ بذلك ، وله أن يُبْطِلَ فَسْخَهُما ويَأْخُذَ ؛ لأنَّ حَقَّه أسْبَقُ .

الإنصاف

عَلِمَ المُشْتَرِى ؛ إنْ قُلْنا : الإقالَةُ بَيْعٌ . فله الأخْذُ مِن أيِّهما شاءَ ؛ فإنْ أخَذ مِنَ المُشْتَرِى ، نقَض الإقالَةَ ؛ ليَعُودَ الشِّقْصُ إليه ، فيأْخُذَ منه ، وإنْ قُلْنا : فَسْخٌ . فله الشُّفْعَةُ أيضًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال الحارِثِىُّ : ذكَرَه الأصحابُ ؛ القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ فى آخَرِين . انتهى . وجزَم به فى « الهِدايَةِ »، و « المُذْهَبِ »، و « الخُلاصةِ »، و « النَّظْمِ »، و « المُغْنِى »، و « الشَّرْحِ »، و « الوَجيزِ »، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . قال الحارِثِىُّ : ثم ذكَر القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ فى « كِتابَيْه » ، أنَّه يفْسَخُ الإقالَةَ ؛ ليَرْجِعَ الشِّقْصُ إلى المُشْتَرِى ، فيَأْخُذَ منه . قال المُصَنِّفُ : لأنَّه لا يُمْكِنُه الأخْذُ معها . وقال ابنُ أبِى مُوسى : للشَّفِيعِ انْتِزاعُه مِن يَدِ البائعِ . قال الحارِثِىُّ : والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّ الاسْتِشْفاعَ الانْتِزاعُ مِن يَدِ المُشْتَرِى ، وهذا معْنَى قوْلِه : لا يُمْكِنُ الأخْذُ معها . وقد نصَّ أحمدُ ، فى رِوايَةِ ابنِ الحَكَمِ ، على بُطْلانِ الشُّفْعَةِ ، وحمَلَه القاضى على أنَّ الشَّفِيعَ عَفا ولم يُطالِبْ ، وتَبِعَه ابنُ عَقِيلٍ . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : وعندِى أنَّ الكلامَ على ظاهِرِه ، ومتى تَقايَلا قبلَ المُطالَبَةِ

الشرح الكبير

فصل : وإنِ اشْتَرَى شِقْصًا بعَبْدٍ، ثم وجَد بائِعُ الشِّقْصِ بالعَبْدِ عَيْبًا ، فله رَدُّ العَبْدِ واسْتِرْجاعُ الشِّقْصِ ، ويُقَدَّمُ على حَقِّ الشَّفِيعِ ؛ لأنَّ فى تَقْدِيمِ حَقِّ الشَّفِيعِ إضْرارًا بالبائِعِ ، بإسْقاطِ حَقِّه مِن الفَسْخِ الذى اسْتَحَقَّه ، والشُّفْعَةُ تَثْبُتُ لإزالَةِ الضَّرَرِ ، فلا تَثْبُتُ على وَجْهٍ يَحْصُلُ به الضَّرَرُ ؛ فإنَّ الضَّرَرَ لا يُزَالُ بالضَّرَرِ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : يُقَدَّمُ حَقُّ الشَّفِيعِ فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّ حَقَّه أسْبَقُ ، فوَجَبَ تَقْدِيمُه ، كما لو وَجَد المُشْتَرِى بالشِّقْصِ عَيْبًا فرَدَّه . ولَنا ، أنَّ فى الشُّفْعَةِ [٥/١٣١ ظ] إبْطالَ

الإنصاف

بالشُّفْعَةِ ، لم تجبِ الشُّفْعَةُ . وكذا قال صاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، وزادَ : فيكونُ على رِوايتَيْن . قال الحارِثِىُّ : والبُطْلانُ هو الذى يصِحُّ عن أحمدَ .

فائدة : لو تَقايَلا بعدَ عَفْوِ الشَّفِيعِ ، ثم عَنَّ له المُطالَبَةُ ، ففى « المُجَرَّدِ » ، و « الفُصولِ » ، إنْ قيلَ : الإقالَةُ فَسْخٌ . فلا شىءَ له ، وإنْ قيلَ : هى بَيْعٌ . تجَدَّدَتِ الشُّفْعَةُ ، وأخَذ مِنَ البائعِ ؛ لتَجَدُّدِ السَّبَبِ ، فهو كالعَوْدِ إليه بالبَيْعِ الصَّريحِ . واقْتصَرَ عليه الحارِثِىُّ . وإنْ فُسِخَ البَيْعُ بعَيْبٍ قديمٍ ، ثم عَلِمَ الشَّفِيعُ وطالَبَ مُقْدِمًا على العَيْبِ ، فقال المُصَنِّفُ هنا : له الشُّفْعَةُ . وكذا قال الأصحابُ ؛ القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ فى آخَرين . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وعنه ، ليس له الأخْذُ ، إذا فُسِخَ بعَيْبٍ . ذكَره فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ؛ أخْذًا مِن نَصِّه فى رِوايَةِ ابنِ الحَكَمِ فى المُقايَلَةِ . وأكْثَرُهم حكاه قوْلًا ، ومالَ إليه الحارِثِىُّ .

الشرح الكبير

حَقِّ البائِعِ ، وحَقُّه أسْبَقُ ؛ لأنَّه اسْتَنَدَ إلى وُجُودِ العَيْبِ ، وهو مَوْجُودٌ حالَ البَيْعِ ، والشُّفْعَةُ ثَبَتَتْ بالبَيْعِ ، فكان حَقُّ البائِعِ سابقًا ، وفى الشُّفْعَةِ إبْطالُه ، فلم تَثْبُتْ ، ويُفارِقُ ما إذا كان الشِّقْصُ مَعِيبًا ، فإنَّ حَقَّ المُشْتَرِى إنَّما هو فى اسْتِرْجاعِ الثَّمَنِ ، وقد تَحَصَّلَ له مِن الشَّفِيعِ ، فلا فائِدَةَ فى الرَّدِّ ، وفى مسألتِنا حَقُّ البائِعِ فى اسْتِرْجاعِ الشِّقْصِ ، ولا يَحْصُلُ ذلك مع الأخْذِ بالشُّفْعَةِ ، فافْتَرَقَا . فإن لم يَرُدَّ البائِعُ العَبْدَ المَعِيبَ حتى أخَذَ الشَّفِيعُ ، كان له رَدُّ العَبْدِ ، ولم يَمْلِكِ اسْتِرْجاعَ المَبِيعِ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ مَلَكَه بالأخْذِ ، فلم يَمْلِكِ البائِعُ إبْطالَ مِلْكِه ، كما لو باعَه المُشْتَرِى لأجْنَبِىٍّ ، فإنَّ الشُّفْعَةَ بَيْعٌ فى الحَقِيقَةِ ، ولكنْ يَرْجِعُ بقِيمَةِ الشِّقْصِ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ التّالِفِ ، والمُشْتَرِى قد أخَذَ مِن الشَّفِيعِ قِيمَةَ العَبْدِ ، فهل يَتَراجَعانِ ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، لا يَتَراجَعانِ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ أخَذَ بالثَّمَنِ

الإنصاف

فوائد ؛ منها ، لو باعَ شِقْصًا بعَبْدٍ ، ثم وجَد العَبْدَ مَعِيبًا ، فقال فى « المُغْنِى » ، و « المُجَرَّدِ » ، و « الفُصولِ » ، وغيرِهم : له رَدُّ العَبْدِ واسْتِرْجاعُ الشِّقْصِ ، ولا شىءَ للشَّفِيعِ . واخْتارَ الحارِثِىُّ ثُبوتَ الشُّفْعَةِ له . انتهى . قال الأصحابُ : وإنْ أخَذ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ ، ثم وجَد البائِعُ العَيْبَ ، لم يمْلِكِ اسْتِرْدادَ الشِّقْصِ ؛ لأنَّه يلْزَمُ عنه بُطْلانُ عَقْدٍ آخَرَ . قلتُ : فيُعايَى بها . ولكِنْ يرْجِعُ بقِيمَةِ الشِّقْصِ ، والمُشْتَرِى قد أخَذ مِنَ الشَّفيعِ قِيمَةَ العَبْدِ ؛ فإنْ ساوَتْ قِيمَةَ العَبْدِ فذاك ، وإنْ زادَتْ إحْداهما على الأُخْرَى ، ففى رُجوعِ باذِلِ الزِّيادَةِ ؛ مِنَ المُشْتَرِى ، والشَّفِيعِ ؛ على صاحِبِه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ؛ أحدُهما ، يرْجِعُ بالزِّيادَةِ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . اخْتارَه القاضى ، وابنُ

الشرح الكبير

الذى وَقع عليه العَقْدُ ، وهو قِيمَةُ العَبْدِ صَحِيحًا لا عَيْبَ فيه ، بدَلِيلِ أنَّ البائِعَ إذا عَلِمَ بالعَيْبِ مَلَك رَدَّه . ويَحْتَمِلُ أن يَأْخُذَه بقِيمَتِه مَعِيبًا ؛ لأنَّه إنَّما أعْطَى عَبْدًا مَعِيبًا ، فلا يَأْخُذُ قِيمَةَ غيرِ ما أعْطَى . والثانى ، يَتراجَعان ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ إنَّما يَأْخُذُ بالثَّمَنِ الذى اسْتَقَرَّ عليه العَقْدُ ، والذى اسْتَقَرَّ عليه العَقْدُ قِيمَةُ الشِّقْصِ . فإذا قُلْنا : يَتراجعان . فأيُّهما كان ما دَفَعه أكثرَ ، رَجَع بالفَضْلِ على صاحِبِه ، وإن لم يَرُدَّ البائِعُ العَبْدَ ، ولكنْ أخَذَ أرْشَه ، لم يَرْجِعِ المُشْتَرِى على الشَّفِيعِ بشىءٍ ؛ لأنَّه إنَّما دَفَع إليه قِيمَةَ العَبْدِ غيرَ مَعِيبٍ . وإن أدَّى قِيمَتَه مَعِيبًا ، رَجَع المُشْتَرِى عليه بما أدَّى مِن أرْشِه . وإن عَفَا عنه و لم يَأْخُذْ أرْشًا ، لم يَرْجِعِ الشَّفِيعُ عليه بشىءٍ ؛ لأنَّ البَيْعَ لازِمٌ مِن جِهَةِ المُشْتَرِى ، لا يَمْلِكُ فَسْخَه ، فأشْبَهَ ما لو حَطَّ عنه بعضَ الثَّمَنِ بعدَ لُزومِ العَقْدِ . وإن عادَ الشِّقْصُ إلى المُشْتَرِى ببَيْعٍ أو هِبَةٍ أو إرْثٍ أو غيرِه ، فليس للشَّفِيعِ أخْذُه بالبَيْعِ الأوَّلِ ؛ لأنَّ مِلْكَ المُشْتَرِى زالَ عنه ، وانْقَطَعَ حَقُّه منه ، وانْتَقَلَ حَقُّه إلى القِيمَةِ ، فإذا أخَذَها لم يَبْقَ له حَقٌّ ، بخِلافِ ما لو غَصَب شيئًا لم يَقْدِرْ على رَدِّه فأدَّى قِيمَتَه ثم قَدَر عليه ، فإنَّه يَرُدُّه ؛ لأنَّ مِلْكَ [٥/١٣٢ و] المَغْصُوبِ منه لم يَزُلْ عنه .

الإنصاف

عَقِيلٍ ، والمَجْدُ . وجزَم به فى « الكافِى » . وصحَّحه فى « الفُروعِ » . والوَجْهُ الثَّانِى ، لايَرْجِعُ . وإنْ عادَ الشِّقْصُ إلى المُشْتَرى بعدَ دَفْعِ قِيمَتِه ببَيْعٍ ، أو إرْثٍ ، أو هِبَةٍ أو غيرِها ، ففى « المُجَرَّدِ » ، و « الفُصولِ » ، لا يلْزَمُه الرَّدُّ على البائعِ ، ولا للبائعِ اسْتِرْدادُه . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : ليس للشَّفِيعِ أخْذُه

الشرح الكبير

فصل : ولو كان ثَمَنُ الشِّقْصِ مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، فتَلِفَ قبلَ قَبْضِه ، بَطَلَ البَيْعُ ، وبَطَلَتِ الشُّفعَةُ ؛ لأنَّه تَعذَّرَ التَّسْليمُ ، فتَعَذَّرَ إمْضاءُ العَقْدِ ، فلم تَثْبُتِ الشُّفْعَةُ ، كما لو فَسَخ البَيْعَ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، بخِلافِ الإقالَةِ والرَّدِّ بالعَيْبِ ، وإن كان الشَّفِيعُ قد أخَذَ الشِّقْصَ ، فهو كما لو أخَذَه فى المسألَةِ التى قبلَها ؛ لأنَّ لمُشْتَرِى الشِّقْصِ التَّصرُّفَ فيه قبلَ تَقْبيضِ ثَمَنِه ، فأشْبَهَ ما لو اشْتَراه منه أجْنَبِىٌّ .

الإنصاف

بالبَيْعِ الأوَّلِ . انتهيا . وإنْ أخَذ البائعُ الأَرْشَ ، ولم يرُدَّ ؛ فإنْ كان الشَّفِيعُ أخَذ بقِيمتِه صحيحًا ، فلا رُجوعَ للمُشْتَرِى عليه[1] ، وإنْ أخَذ بقِيمَتِه مَعِيبًا ، فللمُشْتَرِى الرُّجوعُ بما أدَّى مِنَ الأَرْشِ . ذكَرَه الأصحابُ . ولو عَفا البائعُ مجَّانًا بالقِيمَةِ صحيحًا ، ففى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، لا يرْجِعُ الشَّفِيعُ على المُشْتَرِى بشئٍ . واقْتَصر عليه الحارِثِىُّ . [2]وقيل : يرْجِعُ على المُشْتَرِى بالأَرْشِ . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ »[2] . ومنها ، لوِ اشْتَرَى شِقْصًا بعَبْدٍ أو بثَمَنٍ مُعَيَّنٍ ، وظهَر مُسْتَحَقًّا ، فالبَيْعُ باطِلٌ ، ولا شُفْعَةَ ، وعلى الشَّفِيعِ ردُّ الشِّقْصِ ، إنْ أخَذَه ، وإنْ ظهَر البَعْضُ مُسْتَحَقًّا ، بطَلَ البَيْعُ فيه ، وفى الباقِى رِوايَتا تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . ومنها ، لو كان الشِّراءُ بثَمَنٍ فى الذِّمَّةِ ونقَدَه ، فخَرَجَ مُسْتَحَقًّا ، لم يَبْطُلِ البَيْعُ ، والشُّفْعَةُ بحالِها ، ويرُدُّ الثَّمَنَ إلى مالِكِه ، وعلى المُشْتَرِى ثَمَنٌ [٢١٢/٢و] صحيحٌ ، فإنْ تعَذَّرَ ؛ لإعْسارٍ أو غيرِه ، ففى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، للبائعِ فَسْخُ البَيْعِ ، ويُقَدَّمُ حقُّ الشَّفيعِ . ومنها ، لو كان الثَّمَنُ مَكِيلًا أو مَوْزونًا ، فتَلِفَ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : فإنِ اشْتَرَى شِقْصًا بعَبْدٍ أو ثَمَنٍ مُعَيَّنٍ ، فخَرَجَ مُسْتَحَقًّا ، فالبَيْعُ باطِلٌ ، ولا شُفْعَةَ فيه ؛ لأنَّها إنَّما تَثْبُتُ فى عَقْدٍ يَنْقُلُ المِلْكَ إلى المُشْتَرِى ، وهو العَقْدُ الصَّحِيحُ ، فأمّا الباطِلُ فوُجُودُه كعَدَمِه . فإن كان الشَّفِيعُ قد أخَذَ بالشُّفْعَةِ ، لَزِمَه رَدُّ ما أخَذَ على البائِعِ ، ولا يَثْبُتُ ذلك إلَّا ببَيِّنَةٍ أو إقْرارٍ مِن الشَّفِيعِ والمُتَبايِعَيْن . وإن أقَرَّ المُتَبايِعان وأنْكَرَ الشَّفِيعُ ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهما عليه ، وله الأخْذُ بالشُّفْعَةِ ، ويُرَدُّ العَبْدُ إلى صاحِبِه ، ويَرْجِعُ البائِعُ على المُشْتَرِى بقِيمَةِ الشِّقْصِ . وإن أقَرَّ الشَّفِيعُ أو المُشْتَرِى دُونَ البائِعِ ، لم تَثْبُتِ الشُّفْعَةُ ، ويَجِبُ على المُشْتَرِى رَدُّ قِيمَةِ العَبْدِ على صاحِبِه ، ويَبْقَى الشِّقْصُ معه ، يَزْعُمُ أنَّه للبائِعِ ، والبائِعُ يُنْكِرُه ، ويَدَّعِى عليه وُجُوبَ رَدِّ العَبْدِ ، والمُشْتَرِى يُنْكِرُه ، فيَشْتَرِى الشِّقْصَ منه ، ويَتَبارءانِ . وإن أقَرَّ الشَّفِيعُ والبائِعُ وأنْكَرَ المُشْتَرِى ، وَجَب على البائِعِ رَدُّ العَبْدِ على صاحِبِه ، ولم تَثْبُتِ الشُّفْعَةُ ، ولم يَمْلِكِ البائِعُ مُطالَبَة

الإنصاف

قبلَ قَبْضِه ، بطَلَ البَيْعُ ، وانْتَفَتِ الشُّفْعَةُ ، فإنْ كان الشَّفِيعُ أخذ الشُّفْعَةَ ، لم يكُنْ لأحَدٍ اسْتِرْدادُه . ذكَرَه المُصَنِّفُ ، والشّارِحُ . ومنها ، لو ارْتَدَّ المُشْتَرِى ، وقُتِلَ أو ماتَ ؛ فللشَّفِيعِ الأخْذُ مِن بَيْتِ المالِ . قالَه الشّارِحُ ، واقْتَصَرَ عليه الحارِثِىُّ .

قوله : أوْ تحالَفا . يعْنِى ، إذا اخْتلَفَ المُتَبايِعان فى قَدْرِ الثَّمَنِ ، ولا بَيِّنَةَ ، وتَحالَفا ، وتَفاسَخا ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ قبلَ أخْذِ الشَّفِيعِ أو بعدَه ؛ فإنْ كان قبلَ أخْذِ الشَّفِيعِ ، وهى مَسْأَلَةُ المُصَنِّفِ ، فللشَّفِيعِ الأخْذُ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقطَعُوا به . قال الحارِثِىُّ : ويتَخَرَّجُ انْتِفاءُ الشُّفْعَةِ مِن مِثْلِه فى الإقالَةِ ، والرَّدِّ بالعَيْبِ على الرِّوايَةِ المَحْكِيَّةِ ، وأوْلَى . فعلى المذهبِ ، يأْخُذُه بما

المقنع

وَإِنْ أَجَرَهُ ، أَخَذَهُ الشَّفِيعُ ، وَلَهُ الْأُجْرَةُ مِنْ يَوْمِ أَخْذِهِ ،

الشرح الكبير

المُشْتَرِى بشيءٍ ؛ لأنَّ البَيْعَ صَحِيحٌ فى الظاهِرِ ، وقد أدَّى ثَمَنَه الذى هو مِلْكُه فى الظاهِرِ . وإن أقرَّ الشَّفِيعُ وحدَه ، لم تَثْبُتِ الشُّفْعَةُ ، ولا يَثْبُتُ شيءٌ مِن أحْكامِ البُطْلانِ فى حَقِّ المُتَبايِعَيْن . فأمّا إنِ اشْتَرَى الشِّقْصَ بثَمَنٍ فى الذِّمَّةِ ثم نَقَد الثَّمَنَ ، فبانَ مُسْتَحَقًّا ، كانتِ الشُّفْعَةُ واجِبَةً ؛ لأنَّ البَيْعَ صَحِيحٌ ، فإن تَعَذَّرَ قَبْضُ الثَّمَنِ مِن المُشْتَرِى لإعْسارٍ أو غيرِه ، فللبائِعِ فَسْخُ البَيْعِ ، ويُقَدَّمُ حَقُّ الشَّفِيعِ ؛ لأنَّ بالأخْذِ بها يَحْصُلُ للمُشْتَرِى ما يُؤَدِّيه ثَمَنًا ، فتَزُولُ عُسْرَتُه ، ويَحْصُلُ الجَمْعُ بينَ الحَقَّيْنِ ، فكان أوْلَى .

فصل : وإذا وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ ، وقَضَى القاضِى [٥/١٣٢ ظ] بها ، والشِّقْصُ فى يَدِ البائِعِ ، ودَفَع الثَّمَنَ إلى المُشْتَرِى ، فقال البائِعُ للشَّفِيعِ : أقِلْنِى . فأقَالَهُ ، لم تَصِحَّ الإقالَةُ ؛ لأنَّها تَصِحُّ بينَ المُتَبايِعَيْن ، وليس بينَ الشَّفِيعِ والبائِعِ بَيْعٌ ، وإنَّما هو مُشْتَرٍ مِن المُشْتَرِى ، فإن باعَه إيّاهُ ، صَحَّ ؛ لأنَّ العَقارَ يَجُوزُ التَّصرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه .

٢٤١٣ – مسألة : (وإن أجره) المُشْتَرِى (أخَذَه الشَّفِيعُ ، وله الأُجْرَةُ مِن يوم أخْذِه) لأنَّه صار مِلْكَه بأخْذِه .

الإنصاف

حلَفَ عليه البائعُ ؛ لأنَّه مُقِرٌّ بالبَيْعِ بالثَّمَنِ الذى حلَفَ عليه ، ومُقِرٌّ له بالشُّفْعَةِ ، وإنْ وُجِدَ التَّفاسُخُ بعدَ أخْذِ الشَّفِيعِ ، أُقِرَّ بيَدِ الشَّفيعِ ، وكان عليه للبائعِ ما حلَفَ عليه .

تنبيه : ظاهِرُ قوْلِه : وإنْ أجَرَه ، أخَذَه الشَّفِيعُ ، وله الأُجْرَةُ مِن يَوْمِ أخْذِه .

المقنع وَإِنِ اسْتَغَلَّهُ ، فَالْغَلَّةُ لَهُ ،وَإِنْ أَخَذَهُ الشَّفِيعُ وَفِيهِ زَرْعٌ [١٤٤ظ]

الشرح الكبير **٢٤١٤** – مسألة : (وإنِ اسْتَغَلَّهُ) المُشْتَرِى (فالغَلَّةُ له) لأَنَّها نَماءُ مِلْكِه .

٢٤١٥ – مسألة : (وإن أخَذَه الشَّفِيعُ وفيه زَرْعٌ أو ثَمَرَةٌ ظاهِرَةٌ ،

الإنصاف أنَّ الإجارَةَ لا تنفَسِخُ ، ويسْتَحِقُّ الشَّفِيعُ الأُجْرَةَ مِن يوم ِ أَخْذِه بالشُّفْعَةِ . وهو أحدُ الوُجوهِ . جزَم به فى « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابن ِ مُنَجَّى » ، و « النَّظْم ِ » . قال الحارِثِىُّ : وفيه إشْكالٌ . والوَجْهُ الثَّانِى ، تنْفَسِخُ مِن حين ِ أَخْذِه . وهو المذهبُ . جزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابن ِ عَبْدُوس ِ » . وقدَّمه فى « الفُروع ِ » ، و « الرِّعايتَيْن » . قال فى « الفُروع ِ » : وفى الإجارَةِ ، فى « الكافِى » ، الخِلافُ فى هِبَةٍ . انتهى . وأطْلَقَهما فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » . والوَجْهُ الثَّالثُ ، للشَّفِيع ِ الخِيارُ بينَ فَسْخ ِ الإجارَةِ وتَرْكِها . قال فى « القاعِدَةِ السَّادِسَةِ والثَّلاثِين » : وهو ظاهِرُ كلام ِ القاضى فى « خِلافِه » ، فى مَسْأَلَةِ إعارَةِ العارِيَّةِ . قال : وهو أظْهَرُ . انتهى . قال الحارِثِىُّ : ويتَخَرَّجُ مِنَ الوَجْهِ الذى نقولُ : تتَوَقَّفُ صِحَّةُ الإجارَةِ على إجازَةِ البَطْن ِ الثَّانِى فى الوَقْفِ . إجازَةُ الشَّفيع ِ هنا ؛ إنْ أجازَ ، صحَّ[(1)] ، وإلَّا بطَلَ فى حقِّه بالأوْلَى . قال : وهذا أقْوَى . انتهى . وأطْلَقَ الأَوْجُهَ الثَّلاثَةَ فى « القواعِدِ » ، ولم يذْكُرِ الوَجْهَ الثَّالِثَ فى « الفُروع ِ » .

قوله : وإنِ اسْتَغَلَّه ، فالغَلَّةُ له – بلا نِزاع ٍ – وإنْ أخَذَه الشَّفِيعُ وفيه زَرْعٌ ، أو ثَمَرَةٌ ظاهِرَةٌ ، فهى للمُشْتَرِى ، مُبَقَّاةٌ إلى الحَصادِ والجَدادِ . يعْنِى ، بلا أُجْرَةٍ . وهذا المذهبُ . قال المَجْدُ فى « شَرْحِ الهِدايَةِ » : هذا أصحُّ الوَجْهَيْن لأصحابِنا .

---

(١) سقط من : الأصل .

المقنع

أَوْ ثَمَرٌ ظَاهِرٌ ، فَهُوَ لِلْمُشْتَرِى مُبقًّى إِلَى الْحَصَادِ وَالْجِذَاذِ .

الشرح الكبير

فهى للمُشْتَرِى مُبقّاةٌ إلى الحَصادِ والجِذاذِ) إذا زَرَع المُشْترِى الأَرْضَ ، فللشَّفِيعِ الأَخْذُ بالشُّفْعَةِ ، ويَبْقَى زَرْعُ المُشْتَرِى إلى الحَصادِ ؛ لأَنَّ ضَرَرَهُ لا يَتَبَاقَى ، ولا أُجْرَةَ عليه ؛ لأَنَّه زَرَعَه فى مِلْكِه ، ولأَنَّ الشَّفِيعَ اشْتَرَى الأَرْضَ وفيها زَرْعٌ للبائِعِ ، فكان له مُبَقًّى إلى الحَصادِ بلا أُجْرَةٍ ، كغيرِ المَشْفُوعِ . وإن كان فى الشَّجَرِ ثَمَرٌ ظاهِرٌ أَثْمَرَ فى مِلْكِ المُشْتَرِى ، فهو له مُبَقًّى إلى الجِذاذِ ، كالزَّرْعِ .

الإنصاف

وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » . وقيل : تجِبُ فى الزَّرْعِ الأُجْرَةُ ، مِن حين أَخْذِ الشَّفِيعِ . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . قال ابنُ رَجَبٍ فى « القواعدِ » : وهو أَظْهَرُ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وهذا الوَجْهُ ذكَرَه أبو الخَطَّابِ فى « الانْتِصارِ » . قال فى « الفُروعِ » : فيَتوَجَّهُ منه تخْريجٌ فى الثَّمَرَةِ . قلتُ : وهو ظاهِرُ بَحْثِ ابنِ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » . قال الحارِثِىُّ ، لمَّا علَّلَ بكَلامِه فى « المُغْنِى » : وهذا بالنِّسْبَةِ إلى وُجوبِ الأُجْرَةِ (١)للشَّفِيعِ فى المُؤْجَرِ مُشْكِلٌ جِدًّا ، فيَنْبَغِى أنْ يُخرَّجَ وُجوبُ الأُجْرَةِ(١) هنا مِن وُجُوبِها هناك .

تنبيه : مفْهومُ قوْلِه : أَوْ ثَمَرَةٌ ظاهِرَةٌ . أنَّ ما لم يظْهَرْ يكونُ مِلْكًا للشَّفِيعِ ؛ وذلك كالشَّجَرِ إذا كَبِرَ ، والطَّلْعِ إذا لم يُؤَبَّرْ ، ونحوِهما . وهو كذلك . قالَه الأصحابُ ؛ منهم القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » ،

(١ - ١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : وإذا نَما المَبيعُ فى يَدِ المُشْتَرِى ، لم يَخْلُ مِن حالَيْن ؛ أحَدُهما ، أن يكونَ نَماءً مُتَّصِلًا ، كالشَّجَرِ إذا كَبِرَ ، أو ثَمَرَةٍ غيرِ ظاهِرَةٍ ، فإنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُه بزِيادَتِه ؛ لأنَّها زِيادَةٌ غيرُ مُتَمَيِّزَةٍ ، فتَبِعَتِ الأصْلَ ، كما لو رُدَّ بعَيْبٍ أو خِيارٍ أو إقالَةٍ . فإن قيل : فلِمَ لا يَرْجِعُ الزَّوْجُ فى نِصْفِه زائِدًا إذا طَلَّقَ قبلَ الدُّخولِ ؟ قُلْنا : لأنَّ الزَّوْجَ يَقْدِرُ على الرُّجُوعِ بالقِيمَةِ إذا فاتَه الرُّجُوعُ فى العَيْنِ ، وفى مسألتِنا إذا لم يَرْجِعْ فى الشِّقْصِ سَقَطَ حَقُّه مِن الشُّفْعَةِ ، فلم يَسْقُطْ حَقُّه مِن الأصْلِ لأجْلِ ما حَدَثَ مِن البائِعِ ، وإذا أخَذَ الأصْلَ تَبِعَهُ نماؤُه المُتَّصِلُ ، كما ذَكَرْنا فى الفُسُوخِ كلِّها . الحالُ الثانى ، أن تكونَ الزِّيادَةُ مُنْفَصِلَةً ، كالغَلَّةِ ، والأُجْرَةِ ، والطَّلْعِ المُؤَبَّرِ ، والثَّمَرَةِ الظاهِرَةِ ، فهى للمُشْتَرِى ؛ لأنَّها حَدَثَتْ فى مِلْكِه ، وتكونُ مُبَقّاةً فى رُءُوسِ النَّخْلِ إلى الجذَاذِ ؛ لأنَّ أخْذَ الشَّفِيعِ مِن المُشْتَرِى شِراءٌ ثانٍ ، فيكونُ حُكْمُه حُكْمَ ما لو اشْتَرَى برِضَاه . وإنِ اشْتَراهُ وفيه طَلْعٌ غيرُ مُؤَبَّرٍ ، فأبَّرَه ثم أخَذَه الشَّفِيعُ ، أخَذَ الأصْلَ دُونَ الثَّمَرةِ ، ويَأْخُذُ الأرضَ والنَّخِيلَ بحِصَّتِهما [١٣٣/٥ و] مِن الثَّمَنِ ، كما لو كان المَبيعُ شِقْصًا وسَيْفًا[١] .

الإنصاف

والمُصَنِّفُ فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و الشَّارِحُ ، وغيرُهم .

فائدة : لو تأبَّرَ الطَّلْعُ المَشمولُ بالبَيْعِ فى يَدِ المُشْتَرِى ، كانتِ الثَّمَرَةُ له ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قطَع به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهما . وقدَّمه الحارِثِىُّ . وفيه وَجْهٌ آخرُ[٢] ، هى للشَّفِيعِ .

(١) سقط من : م .
(٢) سقط من : الأصل ، ا .

المقنع

وَإِنْ قَاسَمَ الْمُشْتَرِى وَكِيلَ الشَّفِيعِ ، أَوْ قَاسَمَ الشَّفِيعَ ؛ لِكَوْنِهِ أَظْهَرَ لَهُ زِيَادَةً فِى الثَّمَنِ أَوْ نَحْوِهِ ، وَغَرَسَ أَوْ بَنَى ، فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ قِيمَةَ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ وَيَمْلِكَهُ ، أَوْ يَقْلَعَهُ وَيَضْمَنَ النَّقْصَ . فَإِنِ اخْتَارَ أَخْذَهُ وَأَرَادَ الْمُشْتَرِى قَلْعَهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ .

الشرح الكبير

٢٤١٦ – مسألة : (وإن قاسَمَ المُشْتَرِى وَكِيلَ الشَّفِيعِ ، أو قاسَمَ الشَّفِيعَ ؛ لكَوْنِه أظْهَرَ له زِيادَةً فى الثَّمَنِ أو نحوِه ، وغَرَس أو بَنَى ، فللشَّفِيعِ أن يَدْفَعَ إليه قِيمَةَ الغِراسِ والبِنَاءِ ويَمْلِكَه ، أو يَقْلَعَه ويَضْمَنَ النَّقْصَ . فإنِ اخْتارَ) الشَّفِيعُ (أخْذَه واخْتارَ المُشْتَرِى قَلْعَه ، فله ذلك ، إذا لم يَكُنْ فيه ضَرَرٌ) بالقَلْعِ . وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه يُتَصَوَّرُ بِناءُ المُشْتَرِى وغَرْسُه فى الشِّقْصِ المَشْفُوعِ على وَجْهٍ مُباحٍ فى مَسائِلَ ؛ منها ، أن يُظْهِرَ المُشْتَرِى أنَّه اشْتَراه بأكثرَ مِن ثَمَنِه ، أو أنَّه وُهِبَ له ، أو غيرُ ذلك مِمّا

الإنصاف

قوله : وإنْ قاسَمَ المُشْتَرِى وَكيلَ الشَّفيعِ ، أو قاسَمَ الشَّفيعَ ؛ لكَوْنِه أظْهَرَ له زِيادَةً فى الثَّمَنِ ، أو نحوِه ، وغرَس ، أو بنَى ، فللشَّفِيعِ أنْ يدْفَعَ إليه قِيمَةَ الغِراسِ والبِناءِ ، ويمْلِكَه ، أو يقْلَعَه ، ويضْمَنَ النَّقْصَ . إذا أبَى المُشْتَرِى أخْذَ غَرْسِه وبِنائِه ، كان للشَّفيعِ أخْذُ الغِراسِ والبِناءِ ، والحالَةُ هذه ، وله القَلْعُ ، وضَمانُ النَّقْصِ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . قال فى « الانْتِصارِ » : أو أقَرَّه بأُجْرَةٍ ، فإنْ أبَى فلا شُفْعَةَ . قال الحارِثِىُّ : إذا لم يقْلَعِ المُشْتَرِى ، ففى الكِتابِ تخْييرُ الشَّفيعِ بينَ أخْذِ الغِراسِ والبِناءِ بالقِيمَةِ ، وبينَ قَلْعِه وضَمانِ نَقْصِه . وهذا ما قالَه القاضى وجُمْهورُ أصحابِه ،

الشرح الكبير

يَمْنَعُ الشَّفِيعَ مِن الأخْذِ بها ، فيَتْرُكَها ويُقَاسِمَه ، ثم يَبْنِىَ المُشْتَرِى ويَغْرِسَ فيه . ومنها ، أن يكونَ غائبًا فيُقاسِمَه وَكِيلُه ، أو صَغِيرًا فيُقاسِمَه وَلِيُّه ، أو نحوَ ذلك ، ثم يَقْدَمَ الغائِبُ ، أو يَبْلُغَ الصَّبِىُّ ، فيَأْخُذَ بالشُّفْعَةِ . وكذلك إن كان غائبًا أو صَغِيرًا ، فطالَبَ المُشْتَرِى الحاكِمَ بالقِسْمَةِ ، فقاسَمَ ، ثم قَدِمَ الغائِبُ ، وبَلَغَ الصَّبِىُّ ، فأَخَذَ بالشُّفْعَةِ بعدَ غَرْسِ المُشْتَرِى وبنائِه ، فإنَّ للمُشْتَرِى قَلْعَ غَرْسِه وبِنَائِه ، إنِ اخْتارَ ذلك ؛ لأنَّه مِلْكُه ، فإذا قَلَعَه ، فليس عليه تَسْوِيَةُ الحَفْرِ ولا نَقْصُ الأرْضِ . ذَكَرَه القاضِى . وهو قولُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه غَرَس وبَنَى فى مِلْكِه ، وما حَدَث مِن النَّقْصِ إنَّما حَدَثَ فى مِلْكِه ، وذلك مِمَّا لا يُقابِلُه ثَمَنٌ . وظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِىِّ أنَّ عليه ضَمانَ النَّقْصِ الحاصِلِ بالقَلْعِ ؛ لأنَّه اشْتَرَطَ فى قَلْعِ الغَرْسِ والبِنَاءِ عَدَمَ الضَّرَرِ ، وذلك لأنَّه نَقْصٌ دَخَل على مِلْكِ غيرِه لأجْلِ تَخْلِيصِ مِلْكِه ، فلَزِمَه ضَمانُه ، كما لو كَسَر مِحْبَرَةَ غيرِه لإخْراجِ دِينارِه منها . قولُهم : إنَّ النَّقْصَ

الإنصاف

قال : ولا أعْرِفُه نَقْلًا عن أحمدَ ، وإنَّما المَنْقُولُ عنه رِوايَتا التَّخْيِيرِ مِن غيرِ أَرْشٍ ، والأُخْرَى ، وهى المَشْهورَةُ عنه ، إيجابُ القِيمَةِ مِن غيرِ تَخْيِيرٍ . وهو ماذكَرَه الخِرَقِىُّ وابنُ أبِى مُوسى ، وابنُ [٢١٢/٢ظ] عَقِيلٍ فى « التَّذْكِرَةِ » ، وأبو الفَرَجِ الشِّيرازِىُّ . وهو المذهبُ . زادَ ابنُ أبِى مُوسى ، ولا يُؤْمَرُ المُشْتَرِى بقَلْعِ بنائِه . انتهى . قال فى « الفُروعِ » : ونقَل الجماعَةُ ، له قِيمَةُ البناءِ ، ولا يقْلَعُه . ونقَل سِنْدِىٌّ ، أله قِيمَةُ البناءِ ، أم قِيمَةُ النَّقْصِ ؟ قال : لا ، قِيمَةُ البناءِ .

فائدة : إذا أخَذَه بالقِيمَةِ ، قال الحارِثِىُّ : يُعْتَبَرُ بذْلُ البناءِ أوِ الغِراسِ بما يُساوِيه حينَ التَّقْويمِ ، لا بما أنْفَقَ المُشْتَرِى ؛ زادَ على القِيمَةِ أو نقَص . ذكَرَه أصحابُنا .

الشرح الكبير

حَصَل فى مِلْكِه . ليس كذلك ؛ فإنَّ النَّقْصَ الحاصِلَ بالقَلْعِ إنَّما حَصَل فى مِلْكِ الشَّفِيعِ . فأمَّا نَقْصُ الأرْضِ الحاصِلُ بالغَرْسِ والبِنَاءِ ، فلا يَضْمَنُه ؛ لِما ذَكَرُوه . فإن لم يَخْتَرِ المُشْتَرِى القَلْعَ ، فللشَّفِيعِ الخِيَارُ بينَ ثَلاثةِ أشْياءَ ؛ تَرْكِ الشُّفْعَةِ ، وبينَ دَفْعِ قِيمَةِ الغِرَاسِ والبِنَاءِ ، فيَمْلِكُه مع الأرْضِ ، وبينَ قَلْعِ الغَرْسِ والبِنَاءِ ، ويَضْمَنُ له ما نَقَصَ بالقَلْعِ . وبهذا قال الشَّعْبِىُّ ، والأوْزَاعِىُّ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، ومالكٌ ، واللَّيْثُ ، والشافعىُّ ، والبَتِّىُّ ، وسَوَّارٌ ، وإسْحاقُ . وقال حَمّادُ بنُ أبى سُلَيْمانَ ، والثَّوْرِىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ : يُكَلَّفُ المُشْتَرِى القَلْعَ ، [٥/١٣٣ ظ] ولا شىءَ له ؛ لأنَّه بَنَى فيما اسْتُحِقَّ عليه أخْذُه ، فأشْبَهَ الغاصِبَ ، ولأنَّه بَنَى فى حَقِّ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فأشْبَهَ ما لو كانت مُسْتَحَقَّةً . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرارَ »(١) . ولا يَزُولُ الضَّرَرُ عنهما إلَّا بذلك ، ولأنَّه بَنَى فى مِلْكِه الذى مَلَك بَيْعَه ، فلم يُكَلَّفْ قَلْعَه مع الإضْرارِ ، كما لو لم يَكُنْ مَشْفُوعًا . وفارَقَ ما قاسُوا عليه ، فإنَّه بَنَى فى غيرِ مِلْكِه ، ولأنَّه

الإنصاف

انتهى . وقال فى « المُغْنِى » ، وتَبِعَه الشَّارِحُ : لا يُمْكِنُ إيجابُ قِيمَتِه باقِيًا ؛ لأنَّ البَقاءَ غيرُ مُسْتَحَقٍّ ، ولا قيمَتِه مقْلُوعًا ؛ لأنَّه لو كانَ كذلك ، لمَلَك القَلْعَ مجَّانًا ؛ ولأنَّه قد يكونُ لا قِيمَةَ له إذا قُلِعَ . قالا : و لم يذْكُرْ أصحابُنا كَيْفِيَّةَ وُجوبِ القِيمَةِ ، والظَّاهِرُ أنَّ الأرْضَ تُقَوَّمُ مغْرُوسَةً ومَبْنِيَّةً ، ثم تُقَوَّمُ خالِيَةً ، فيكونُ ما بينَهما قِيمَةَ الغَرْسِ والبِناءِ . وجزَم بهذا ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ :

---

(١) تقدم تخريجه فى ٦/٣٦٨ .

الشرح الكبير

عِرْقٌ ظالِمٌ ، وليس لعِرْقٍ ظالمٍ حَقٌّ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه لا يُمْكِنُ إيجابُ قِيمَتِه مُسْتَحِقًّا للبَقَاءِ فى الأرْضِ ؛ لأنَّه لا يَسْتَحِقُّ ذلك ، ولا قِيمَتِه مَقْلُوعًا ؛ لأنَّه لو وَجَبَتْ قِيمَتُه مَقْلُوعًا لوَجَبَ قَلْعُه ، ولم يَضْمَنْ شيئًا ، ولأنَّه قد يكونُ ممّا لا قِيمَةَ له إذا قَلَعَه . ولم يَذْكُرْ أصحابُنا كَيْفِيَّةَ وُجُوبِ القِيمَةِ ، فالظاهِرُ أنَّ الأرْضَ تُقَوَّمُ مَغْرُوسَةً مَبْنِيَّةً ، ثم تُقَوَّمُ خالِيَةً منها ، فيكونُ ما بينَهما قِيمَةَ الغَرْسِ والبِنَاءِ ، فيَدْفَعُه الشَّفِيعُ إلى المُشْتَرِى إن أحَبَّ ، أو ما نَقَص منه إنِ اخْتارَ القَلْعَ ؛ لأنَّ ذلك هو الذى زادَ بالغَرْسِ والبِنَاءِ . ويَحْتَمِلُ أن يُقَوَّمَ الغَرْسُ[1] والبِنَاءُ مُسْتَحِقًّا للتَّرْكِ بالأُجْرَةِ ، أو لأَخْذِه بالقِيمَةِ إذا امْتَنَعا مِن

الإنصاف

ويحْتَمِلُ أنْ يُقَوَّمَ الغَرْسُ والبِناءُ مُسْتَحِقًّا للتَّرْكِ بالأُجْرَةِ ، أو لأَخْذِه بالقِيمَةِ ، إذا امْتَنَعا مِن قَلْعِه . انتهيا .

قوله : فإنِ اخْتارَ أَخْذَه ، فأَرادَ المُشْتَرِى – وهو صاحِبُه – قَلْعَه ، فله ذلك ، إذا لم يَكُنْ فيه ضَرَرٌ . هذا أحدُ الوَجْهَيْن . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وجزَم به الخِرَقِىُّ ، وابنُ عَقِيلٍ فى « التَّذْكِرَةِ » ، والآدَمِىُّ البَغْدادِىُّ ، وابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » ، وصاحِبُ « الوَجيزِ » . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ له القَلْعَ ؛ سواءٌ كان فيه ضررٌ، أوْ لا ، وعليه أكثرُ الأصحابِ. قال الحارِثِىُّ: ولم يَعْتَبِرِ القاضى وأصحابُه الضَّرَرَ وعدَمَه . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو ظاهِرُ كلامِ الأكْثَرِين ، بل الذى جزَمُوا به ، له ذلك سواءٌ أضَرَّ بالأرْضِ ، أو لم يُضِرَّ . انتهى . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « الفائقِ » .

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

قَلْعِه ، فإن كان للغَرْسِ وَقتٌ يُقلَعُ فيه فيكونُ له قِيمةٌ ، وإن قُلِعَ قبلَه لم يَكُنْ له قِيمَةٌ ، أو تكونُ قِيمَتُه قَلِيلَةً ، فاخْتارَ الشَّفِيعُ قَلْعَه قبلَ وَقْتِه ، فله ذلك ؛ لأنَّه يَضْمَنُ النَّقْصَ ، فيَنْجبرُ به ضَرَرُ المُشْتَرِى ، سَواءٌ كَثُرَ النَّقْصُ أو قَلَّ ، ويَعُودُ ضَرَرُ كَثْرَةِ النَّقْصِ على الشَّفِيعِ ، وقد رَضِىَ بتَحَمُّلِه . وإن غَرَس أو بَنَى مع الشَّفِيعِ أو وَكِيلِه فى المُشاعِ ، ثم أخَذَه الشَّفِيعُ ، فالحُكْمُ فى أخْذِ نَصِيبِه مِن ذلك كالحُكْمِ فى أخْذِ جَمِيعِه بعدَ المُقاسَمَةِ .

الإنصاف

تنبيه : قال الحارِثِىُّ : وهذا الخِلافُ الذى أوْرَدَه مَن أوْرَدَه مِنَ الأصحابِ مُطْلَقًا ليس بالجَيِّدِ ، بل يتَعَيَّنُ تنزِيلُه ؛ إمَّا على اخْتِلافِ حالَيْن ، وإمَّا على ما قبلَ الأخْذِ ، وإنَّما أوْرَدَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » على هذه الحالَةِ ، لاغيرُ . وحيث قيلَ باعْتِبارِ عدَمِ الضَّرَرِ ، ففيما بعدَ الأخْذِ ، وهو ظاهِرُ ما أوْرَدَه فى « التَّذْكِرَةِ » .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو قلَعَه المُشْتَرِى ، وهو صاحِبُه ، لم يضْمَنْ نَقْصَ الأرْضِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، اخْتارَه القاضى وغيرُه . قال فى « الفُروعِ » : لا يضْمَنُ نقْصَ الأرْضِ فى الأصحِّ . وقدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » . وجزَم به فى « الكافِى » ، وعلَّله بانْتِفاءِ عُدْوانِه ، مع أنَّه جزَم فى بابِ العارِيَّةِ بخِلافِه . وقيل : يَلْزَمُه . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، ومالَ إليه الحارِثِىُّ ، وقال : والكَلامُ فى تَسْوِيَةِ الحَفْرِ ، كالكَلامِ فى ضَمانِ أرْشِ النَّقْصِ . وأطْلَقَهما فى « القاعِدَةِ الثَّامِنَةِ والسَّبْعِين » . الثَّانيةُ ، يجوزُ للمُشْتَرِى التَّصَرُّفُ فى الشِّقْصِ الذى اشْتَراه بالغَرْسِ والبِناءِ فى الجُمْلَةِ . وهو ظاهِرُ كلامِ الأصحابِ . قال فى رِوايَةِ سِنْدِىٍّ : ليس هذا بمَنْزِلَةِ الغاصِبِ . وقال فى رِوايَةِ حَنْبَلٍ : لأنَّه عمَر ، وهو يظُنُّ أنَّه مِلْكُه ، وهو ليس كما إذا زرَع بغيرِ إذْنِ أهْلِه . قال الحارِثِىُّ :

المقنع

وَإِنْ بَاعَ الشَّفِيعُ مِلْكَهُ قَبْلَ الْعِلْمِ لَمْ تَسْقُطْ شُفْعَتُهُ ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَلِلْمُشْتَرِى الشُّفْعَةُ فِيمَا بَاعَهُ الشَّفِيعُ ، فِى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٤١٧ – مسألة : (فإن باعَ الشَّفِيعُ مِلْكَه قبلَ العِلْمِ ، لم تَسْقُطْ شُفْعَتُه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن ، وللمُشْتَرِى الشُّفْعَةُ فيما باعَه الشَّفِيعُ ، فى أصَحِّ الوَجْهَيْن) وجُملَةُ ذلك ، أنَّ الشَّفِيعَ إذا باعَ مِلْكَه عالِمًا بالحالِ ، سَقَطَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّه لم يَبْقَ له مِلْكٌ يَسْتَحِقُّ به ، ولأنَّ الشُّفْعَةَ تَثْبُتُ لإزالَةِ الضَّرَرِ

الإنصاف

إنَّما هذا بعدَ القِسْمَةِ والتَّمْييزِ ؛ ليكونَ التَّصرُّفُ فى خالصِ مِلْكِه ، أمَّا قبلَ القِسْمَةِ ، فلا يَمْلِكُ الغَرْسَ والبناءَ ، وللشَّفيعِ إذًا قَلْعُ الغَرْسِ والبِناءِ مجَّانًا ؛ للشَّرِكَةِ لا للشُّفْعَةِ ، فإنَّ أحدَ الشَّريكَيْن إذا انْفَرَدَ بهذا التَّصرُّفِ ، كان للآخَرِ القَلْعُ مجَّانًا . قال جَعْفَرُ بنُ محمدٍ : سَمِعْتُ أبا عبدِ اللهِ يُسْأَلُ عن رجُلٍ غرَس نَخْلًا فى أرْضٍ بينَه وبينَ قَوْمٍ مُشاعًا ؟ قال : إنْ كان بغيرِ إذْنِهم ، قُلِعَ نخْلُه . انتهى . قلتُ : وهذا لاشَكَّ فيه .

قوله : وإنْ باعَ الشَّفيعُ مِلْكَه قبلَ العِلْمِ ، لم تَسْقُطْ شُفْعَتُه فى أحَدِ الوَجْهَين . وهو المذهبُ . اخْتارَه أبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تذْكِرَتِه » . قال الحارِثِىُّ : هذا أظْهَرُ الوَجْهَيْن . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » . والثَّانى ، تسْقُطُ . اخْتارَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » . وأطْلَقَهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . فعلى المذهبِ ، للبائعِ الثَّانى ، وهو الشَّفِيعُ ، أخْذُ الشِّقْصِ مِنَ المُشْتَرِى الأوَّلِ ،

الشرح الكبير

الحاصِلِ بالشَّرِكَةِ عنه[1]، وقد زالَ ذلك ببَيْعِه. وإن [١٣٤/٥ و] باعَ بعضَه، ففيه وَجْهان؛ أحَدُهما، تَسْقُطُ أيضًا؛ لأنَّها اسْتُحِقَّتْ بجَمِيعِه، وإذا باعَ بعضَه، سَقَط ما تَعَلَّقَ بذلك مِن الشُّفْعَةِ، فسَقَطَ باقِيها؛ لأنَّها لا تَتَبَعَّضُ، فيَسْقُطُ جَميعُها بسُقُوطِ بعضِها، كالرِّقِّ والنِّكاحِ، وكما لو عَفَا عن بعْضِها. والثانى، لا تَسْقُطُ؛ لأنَّه قد بَقِىَ مِن نَصِيبِه ما يَسْتَحِقُّ به الشُّفْعَةَ فى جَمِيعِ المَبِيعِ لو انْفَرَدَ، فكذلك إذا بَقِىَ. وللمُشْتَرِى الأوَّلِ الشُّفْعَةُ على الثانِى فى المسألةِ الأُولَى، وفى الثانيةِ، إذا قُلْنا بسُقُوطِ شُفْعَةِ البائعِ الأوَّلِ؛ لأنَّه شَرِيكٌ فى المَبِيعِ. وإن قُلْنا: لا تَسْقُطُ شُفْعَةُ البائعِ. فله أخْذُ الشِّقْصِ مِن المُشْتَرِى الأوَّلِ. وهل للمُشْتَرِى الأوَّلِ شُفْعَةٌ على المُشْتَرِى الثانى؟ فيه وَجْهان؛ أحَدُهما، له الشُّفْعَةُ؛ لأنَّه شَرِيكٌ، فإنَّ المِلْكَ ثابتٌ له، يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فيه بجَمِيعِ التَّصَرُّفاتِ، ويَسْتَحِقُّ نَماءَه وفوائِدَه، واسْتِحْقاقُ الشُّفْعَةِ به مِن فَوائِدِه. والثانى، لا شُفْعَةَ له؛ لأنَّ مِلْكَه يُؤْخَذُ بها، فلا تُؤْخَذُ الشُّفْعَةُ به، ولأنَّ مِلْكَهُ مُتَزَلْزِلٌ ضَعِيفٌ، فلا

الإنصاف

فإنْ عَفا عنه، فللمُشْتَرِى الأوَّلِ أخْذُ الشِّقْصِ مِنَ المُشْتَرِى الثَّانى، فإنْ أخَذ منه فهل للمُشْتَرِى الأخْذُ مِنَ الثَّانى؟ على الوَجْهَيْن، وهو قوْلُه: وللمُشْتَرِى الشُّفْعَةُ فيما باعَه الشَّفِيعُ، فى أصحِّ الوَجْهَيْن. وهو المذهبُ. صحَّحه المُصَنِّفُ، والشَّارِحُ، والنَّاظِمُ، وصاحِبُ «الفائقِ». وجزَم به فى «الوَجيزِ». والوَجْهُ الثَّانى، لا شُفْعَةَ له. وأطْلَقَهما فى «شَرْحِ الحارِثِىِّ». وعلى الوَجْهِ الثَّانى، فى المَسْألَةِ الأُولَى، لا خِلافَ فى ثُبوتِ الشُّفْعَةِ للمُشْتَرِى الأوَّلِ على المُشْتَرِى الثَّانى

---

(١) سقط من: م.

الشرح الكبير

يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ به لضَعْفِه . قال شيخُنا[1] : والأوَّلُ أقْيَسُ ؛ فإنَّ اسْتِحْقاقَ أخْذِه منه لا يَمْنَعُ أن يَسْتَحِقَّ به الشُّفْعَةَ ، كالصَّداقِ قبلَ الدُّخُولِ ، والشِّقْصِ المَوْهُوبِ للوَلَدِ[2] . فعلى هذا ، للمُشْتَرِى الأوَّلِ الشُّفْعَةُ على المُشْتَرِى الثانى ، سَواءٌ أُخِذَ منه المَبِيعُ بالشُّفْعَةِ أو لم يُؤْخَذْ ، وللبائِعِ الثانى إذا باعَ بعضَ الشِّقْصِ الأخْذُ مِن المُشْتَرِى الأوَّلِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ . فأمّا إن باعَ الشَّفِيعُ مِلْكَه قبلَ عِلْمِه بالبَيْعِ الأوَّلِ ، فقال القاضى : تَسْقُطُ شُفْعَتُه أيضًا ؛ لِما ذَكَرْناه . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ . ولأنَّه زالَ السَّبَبُ الذى يَسْتَحِقُّ به الشُّفْعَةَ ، وهو المِلْكُ الذى يَخافُ الضَّرَرَ بسَبَبِه ، فصارَ كمَن اشْتَرَى مَعِيبًا لا يَعْلَمُ عَيْبَه حتى زالَ أو حتى باعَه . فعلى هذا ، حُكْمُه حُكْمُ ما لو باعَ مع[3] عِلْمِه ، سَواءٌ فيما إذا باعَ جَمِيعَه أو بعضَه . وقال أبو الخَطَّابِ : لا تَسْقُطُ شُفْعَتُه ؛ لأنَّها ثَبَتَتْ له ، ولم

الإنصاف

[٢/٢١٣و] فى مَبِيعِ الشَّفِيعِ ؛ لِسَبْقِ شَرِكَتِه على المَبِيعِ ، واسْتِقْرارِ مِلْكِه .

تنبيه : مَفْهومُ كلامِه ، أنَّ الشَّفِيعَ لو باعَ مِلْكَه بعدَ عِلْمِه ، أنَّ شُفْعَتَه تَسْقُطُ . وهو صحيحٌ ، لا خِلافَ فيه أعْلَمُه . لكِنْ لو باعَ بعضَه عالِمًا ، ففى سُقُوطِ الشُّفْعَةِ وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ؛ أحدُهما ، تَسْقُطُ . والثَّانى : لا تَسْقُطُ ؛ لأنَّه قد بَقِىَ مِن مِلْكِه ما يَسْتَحِقُّ به الشُّفْعَةَ فى جميعِ المَبِيعِ لوِ انْفَرَدَ ، فكذلك إذا بَقِىَ . قال الحارِثِىُّ : و. رِ أصَحُّ إنْ شاءَ اللَّهُ تعالَى ؛

---

(١) فى : المغنى ٧/٤٦٠ .

(٢) فى م : « للولى » .

(٣) فى الأصل : « من » .

الشرح الكبير

يُوجَدْ منه رَضًا بتَرْكِها ، ولا ما يَدُلُّ على إسْقاطِها ، والأصْلُ بَقاؤُها ؛ بخِلافِ ما إذا عَلِمَ ، فإنَّ بَيْعَه دَلِيلٌ على رِضَاه بتَرْكِها . فعلى هذا ، للبائِعِ الثانى أخْذُ الشِّقْصِ مِن المُشْتَرِى الأوَّلِ ، فإن عَفَا عنه ، فللمُشْتَرِى الأوَّلِ أخْذُ الشِّقْصِ مِن المُشْتَرِى الثانى . وإن أخَذَ منه ، فهل [٥/١٣٤ ظ] للمُشْتَرِى الأوَّلِ[1] الأخْذُ مِن الثانى ؟ على وَجْهَيْن ؛ أَوْلَاهما ، أنَّ له الأخْذَ ؛ لأنَّ مِلْكَه كان ثابِتًا حالَ البَيْعِ و لم يُوجَدْ منه ما يَمْنَعُ ذلك .

الإنصاف

لِقيامِ المُقْتَضِى ، وهو الشَّرِكَةُ ، وللمُشْتَرِى الأوَّلِ الشُّفْعَةُ على المُشْتَرِى الثَّانى فى المَسْأَلَةِ الأُولَى ، وفى الثَّانيةِ ، إذا قُلْنا بسُقُوطِ شُفْعَةِ البائعِ الأوَّلِ ، وإنْ قُلْنا : لا تَسْقُطُ شُفْعَةُ البائعِ . فله أخْذُ الشِّقْصِ مِنَ المُشْتَرِى الأوَّلِ . وهل للمُشْتَرِى الأوَّلِ شُفْعَةٌ على المُشْتَرِى الثَّانى ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ؛ أحدُهما ، له الشُّفْعَةُ . قال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » : وهو القِياسُ . والوَجْهُ الثَّانى ، لا شُفْعَةَ له . فعلى الأوَّلِ ، للمُشْتَرِى الأوَّلِ الشُّفْعَةُ على المُشْتَرِى الثَّانى ؛ سواءٌ أخَذ منه المَبِيعَ بالشُّفْعَةِ ، أو لم يأْخُذْ ، وللبائعِ الثَّانى ، إذا باعَ بعضَ الشِّقْصِ ، الأخْذُ مِنَ المُشْتَرِى الأوَّلِ فى أحَدِ الوَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » .

فائدة : لو باعَ بعضَ الحِصَّةِ جاهِلًا ؛ فإنْ قِيلَ بالشُّفْعَةِ فيما لو باعَ الكُلَّ فى هذه الحالِ ، فلا كَلامَ ، وإنْ قِيلَ بسُقُوطِها فيه ، فهنا وَجْهان أوْرَدَهما القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، ووَجْهُهما ما تقدَّم فى أصْلِ المَسْأَلَةِ . قال الحارِثِىُّ : والأصحُّ جَرَيانُ الشُّفْعَةِ بالأَوْلَى .

---

(١) زيادة من : م .

المقنع

وَإِنْ مَاتَ الشَّفِيعُ بَطَلَتِ الشُّفْعَةُ إِلَّا أَنْ يَمُوتَ بَعْدَ طَلَبِهَا ، فَتَكُونَ لِوَارِثِهِ .

الشرح الكبير

٢٤١٨ – مسألة : (وإن مات بَطَلَتْ شُفْعَتُه ، إلَّا أن يَمُوتَ بعدَ طَلَبِها ، فتكونَ لوارِثِه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الشَّفِيعَ إذا ماتَ قبلَ الأخْذِ بالشُّفْعَةِ ، فإن كان قبلَ الطَّلَبِ بها ، سَقَطَتْ ، ولا يَنْتَقِلُ إلى الوَرَثَةِ . قال أحمدُ : الموتُ يَبْطُلُ به ثلاثةُ أشْياءَ ؛ الشُّفْعَةُ ، والحَدُّ إذا ماتَ المَقْذُوفُ ، والخِيارُ إذا ماتَ الذى اشْتَرَطَ الخِيَارَ ، لم يَكُنْ للوَرَثَةِ هذه الثلاثةُ أشياء[1] ، إنَّما هى بالطَّلَبِ ، فإذا لم يَطْلُبْ ، فليس تَجِبُ ، إلَّا أن يُشْهِدَ أنِّى على حَقِّى مِن كذا وكذا ، و أنِّى قد طَلَبْتُه . فإن ماتَ بعدَه ، كان لوارِثِه الطَّلَبُ به . رُوِىَ سُقُوطُ الشُّفْعَةِ بالمَوْتِ عن الحَسَنِ ، وابنِ

الإنصاف

قوله : وإنْ ماتَ الشَّفِيعُ ، بطَلَتِ الشُّفْعَةُ ، إلَّا أنْ يَمُوتَ بعدَ طلَبِها ، فتكونَ لوارِثِه . إذا ماتَ الشَّفِيعُ فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ قد ماتَ قبلَ طَلَبِها أو بعدَه ؛ فإنْ ماتَ قبلَ طَلَبِها ، لم يَسْتَحِقَّ الوَرَثَةُ الشُّفْعَةَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ ، ونصَّ عليه مِرارًا . قال فى « القواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : لا تُورَثُ مُطالبَةُ الشُّفْعَةِ مِن غيرِ مُطالَبَةِ رَبِّها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وله مأْخَذان ؛ أحدُهما ، أنَّه حقٌّ له ، فلا يَثْبُتُ بدُونِ مُطالبَتِه ، ولو عُلِمَتْ رَغْبَتُه مِن غيرِ مُطالبَتِه ، لكَفَى فى الإِرْثِ . ذكَرَه القاضى فى « خِلافِه » . والمأْخَذُ الثَّانى ، أنَّ حقَّه سقَط بتَرْكِه وإعْراضِه ، لاسِيَّما على قوْلنا : إنَّها على الفَوْرِ . فعلى هذا ، لو كان غائبًا ، فللوَرَثَةِ المُطالبَةُ ، وليس ذلك على الأوَّلِ . انتهى . وقيل : للورَثَةِ المُطالَبَةُ . وهو تخْرِيجٌ

---

(١) فى م : « أيضا » .

الشرح الكبير

سِيرِينَ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وقال مالكٌ ، والشافعىُّ ، والعَنْبَرِىُّ : يُورَثُ . قال أبو الخَطَّابِ : ويَتَخَرَّجُ لنا مثلُ ذلك ؛ لأنَّه خِيارٌ ثابتٌ لدَفْعِ الضَّرَرِ عن المالِ ، فيُورَثُ ، كخِيارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . ولَنا ، أنَّه حَقُّ فَسْخٍ ثَبَت لا لفواتِ جُزْءٍ ، فلم يُورَثْ ، كالرُّجُوعِ فى الهِبَةِ ، ولأنَّه نَوْعُ خِيارٍ جُعِل للتَّمْلِيكِ ، أشْبَهَ خِيارَ القَبُولِ ، فأمّا خِيارُ الرَّدِّ بالعَيْبِ ، فإنَّه لاسْتِدْراكِ جُزْءٍ فاتَ مِن المَبِيعِ .

فصل : فإن ماتَ بعدَ طَلَبِ الشُّفْعَةِ ، انْتَقَلَ حَقُّ المُطالَبَةِ بالشُّفْعَةِ إلى الوَرَثَةِ ، قَوْلًا واحِدًا . ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ . وقد ذَكَرْنا نصَّ أحمدَ عليه ؛ لأنَّ الحَقَّ يَتَقَرَّرُ بالطَّلَبِ ، ولذلك لا يَسْقُطُ بتَأْخِيرِ الأخْذِ[1] بعدَه ، وقبلَه يَسْقُطُ . وقال القاضى : يَصِيرُ الشِّقْصُ مِلْكًا للشَّفِيعِ بنَفْسِ المُطالَبَةِ . والأوَّلُ أصَحُّ ، فإنَّه لو صارَ مِلْكًا للشَّفِيعِ ، لم يَصِحَّ العَفْوُ عن الشُّفْعَةِ بعدَ طَلَبِها ، كما لا يَصِحُّ العَفْوُ عنها بعدَ الأخْذِ بها . فإذا ثَبَت هذا ، فإنَّ الحَقَّ يَنْتَقِلُ إلى جَمِيعِ الوَرَثَةِ على قَدْرِ إرْثِهم ؛ لأنَّه حَقٌّ مالِىٌّ مَوْرُوثٌ ،

الإنصاف

لأبِى الخَطَّابِ . ونقَل أبو طالبٍ ، إذا ماتَ صاحِبُ الشُّفْعَةِ ، فلولَدِه أنْ يَطْلُبوا الشُّفْعَةَ لمُورِّثِهم . قال فى « القواعِدِ » : وظاهِرُ هذا ، أنَّ لهم المُطالَبَةَ بكُلِّ حالٍ . انتهى . وإنْ ماتَ بعدَ أنْ طالَبَ بها ، اسْتَحَقَّها الورَثَةُ . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، ولا أعلمُ فيه خِلافًا . وقد توَقَّفَ فى رِوايَةِ ابنِ القاسمِ ، وقال : وهو مَوْضِعُ نظَرٍ . وتقدَّم نَظِيرُ ذلك فى آخِرِ فصْلِ خِيارِ الشَّرْطِ . قال الحارِثِىُّ : ثم

---

(١) فى م : « الحق » .

الشرح الكبير

فيَنْتَقِلُ إلى الجَمِيعِ ، كسائِرِ الحُقُوقِ المالِيةِ ، وسَواءٌ قُلْنا : الشُّفْعَةُ على قَدْرِ الأمْلاكِ . أو : على عَدَدِ الرُّءُوسِ . لأنَّ هذا يَنْتَقِلُ إليهم مِن مَوْرُوثِهم . فإن تَرَك بعضُ الوَرَثَةِ حَقَّه ، تَوَفَّرَ الحَقُّ على باقِى الوَرَثَةِ ، و لم يَكُنْ لهم إلَّا أن يَأْخُذُوا الكُلَّ ، أو يَتْرُكُوا [١٣٥/٥ و] كالشُّفَعاءِ إذا عَفَا بعضُهم عن شُفْعَتِه ؛ لأنَّا لو جَوَّزْنا أخْذَ بعضِ الشِّقْصِ ، لتَشَقَّصَ المَبِيعُ وتَبَعَّضَتِ الصَّفْقَةُ على المُشْتَرِى ، وهذا ضَرَرٌ فى حَقِّه .

فصل : وإن أشْهَدَ الشَّفِيعُ على مُطالَبَتِه بها للعُذْرِ ، ثم ماتَ ، لم تَبْطُلْ ، وللوَرَثَةِ المُطالَبَةُ بها . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّ الإشْهادَ على الطَّلَبِ عندَ العَجْزِ عنه يَقُومُ مَقامَه ، فلم تَسْقُطِ الشُّفْعَةُ بالمَوْتِ بعدَه ، كنَفْسِ الطَّلَبِ .

فصل : وإذا بِيعَ شِقْصٌ له شَفِيعان ، فعَفَا عنها أحَدُهما وطالَبَ بها الآخَرُ ، ثم ماتَ الطالِبُ ، فوَرِثَه العافِى ، فله أخْذُ الشِّقْصِ بها ؛ لأنَّه وارِثٌ لشَفِيعٍ مُطالِبٍ بالشُّفْعَةِ ، فمَلَكَ الأخْذَ بها ، كالأجْنَبِىِّ . وكذلك لو قَذَفَ رجلٌ أُمَّهُما وهى مَيِّتَةٌ ، فعَفَا أحَدُهما وطَلَب الآخَرُ ، ثم ماتَ الطالِبُ ، فوَرِثَه العافِى ، ثَبَت له اسْتِيفاؤُه بالنِّيابَةِ عن أخِيه المَيِّتِ ، إذا قُلْنا بوُجُوبِ الحَدِّ بقَذْفِها .

الإنصاف

مِنَ الأصحابِ مَن يُعَلِّلُ بإفادَةِ الطَّلَبِ للمِلْكِ ، فيكونُ الحقُّ مَوْرُوثًا بهذا الاعْتِبارِ ، وهى طريقةُ القاضى ، وأبِى الخَطَّابِ ، ومَن وافَقَهما على إفادَةِ المِلْكِ ، ومنهم مَن يُعَلِّلُ بأنَّ الطَّلَبَ مُقَرِّرٌ للحَقِّ ، ولهذا لم تَسْقُطْ بتَأْخيرِ الأخذِ بعدَه ، وتَسْقُطُ قبلَه ، وإذا تَقَرَّرَ الحقُّ ، وجَب أنْ يكونَ مَوْروثًا ، وهى طريقةُ المُصَنِّفِ ، ومَن وافَقه على

الشرح الكبير

فصل : ولو ماتَ مُفْلِسٌ وله شِقْصٌ ، فباعَ شَرِيكُه ، كان لوَرَثَتِه الشُّفْعَةُ . وهذا مَذْهَبُ الشافعيِّ . وقال أبو حنيفةَ : لا شُفْعَةَ لهم ؛ لأنَّ الحَقَّ انْتَقَلَ إلى الغُرَماءِ . ولَنا ، أنَّه بَيْعٌ فى شَرِكَةِ ما خَلَّفَه مَوْرُوثُهم مِن[1] شِقْصٍ ، فكان لهم المُطالَبَةُ بشُفْعَتِه ، كغيرِ المُفْلِسِ . ولا نُسَلِّمُ أنَّ التَّرِكَةَ انْتَقَلَتْ إلى الغُرماءِ ، بل هى للوَرَثَةِ ، بدَلِيلِ أنَّها لو نَمَتْ أو زادَ ثَمَنُها ، لحُسِبَ على الغُرَماءِ فى قَضَاءِ دُيُونِهم ، وإنَّما تَعَلَّقَ حَقُّهُم به ، فلم يَمْنَعْ ذلك مِن الشُّفْعَةِ ، كما لو كان لرجلٍ شِقْصٌ مَرْهُونٌ ، فباعَ شَرِيكُه ، فإنَّه يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ به . ولو كانت للمَيِّتِ دارٌ ، فبِيعَ بعضُها فى قَضاءِ دَيْنِه ، لم يَكُنْ للوَرَثَةِ شُفْعَةٌ ؛ لأنَّ البَيْعَ يَقَعُ لهم ، فلا يَسْتَحِقُّونَ الشُّفْعَةَ على أنْفُسِهم . ولو كان الوارِثُ شَرِيكًا للمَوْرُوثِ فباعَ نَصِيبَ المَوْرُوثِ فى دَيْنِه ، فلا شُفْعَةَ أيضًا ؛ لأنَّ نَصِيبَ المَوْرُوثِ انْتَقَلَ بمَوْتِه إلى الوارِثِ ، فإذا بِيعَ ، فقد بِيعَ مِلْكُه ، فلا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ على نَفْسِه .

الإنصاف

أنَّ الطَّلَبَ لا يُفِيدُ المِلْكَ ، وهو مُقْتَضَى كلامِ أحمدَ .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّ الشَّفِيعَ لا يَمْلِكُ الشِّقْصَ بمُجَرَّدِ المُطالَبَةِ . وهو أحدُ الوُجوهِ ، فلابُدَّ للتَّمَلُّكِ مِن أخْذِ الشِّقْصِ ، أو يأْتِى بلَفْظٍ يدُلُّ على أخْذِه بعدَ المُطالَبَةِ ؛ بأنْ يقولَ : قد أخَذْتُه بالثَّمَنِ . أو : تملَّكْتُه بالثَّمَنِ . ونحوَ ذلك . وهو اخْتِيارُ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ . و قدَّمه الحارِثِىُّ ، ونصَرَه ، وقال : اخْتارَه المُصَنِّفُ وغيرُه مِنَ الأصحابِ . وقيل : يَمْلِكُه بمُجَرَّدِ المُطالَبَةِ إذا كان مَلِيئًا

---

(١) زيادة من : المغنى ٧/٥١٢ .

الشرح الكبير

فصل : ولو اشْتَرَى شِقْصًا مَشْفُوعًا ، ووَصَّى به ، ثم مات ، فلِلشَّفِيعِ أخْذُه بالشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ حَقَّه أسْبَقُ مِن حَقِّ المُوصَى له ، فإذا أخَذَه ، دَفَع الثَّمَنَ إلى الوَرَثَةِ ، وبَطَلَتِ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّ المُوصَى به ذَهَب ، فبَطَلَتِ الوَصِيَّةُ به ، كما لو تَلِفَ ، ولا يَسْتَحِقُّ المُوصَى له بَدَلَه ؛ لأنَّه لم يُوصَ له إلَّا بالشِّقْصِ ، وقد فاتَ بأخْذِه . ولو وَصَّى رجلٌ لإنسانٍ بشِقْصٍ ، ثم ماتَ ، فبِيعَ فى شَرِكَتِه شِقْصٌ قبلَ قَبُولِ المُوصَى له ، فالشُّفْعَةُ للوَرَثَةِ فى الصَّحِيح ؛ لأنَّ المُوصَى به لا يَصِيرُ للمُوصَى له إلَّا بعدَ القَبُولِ ، و لم يُوجَدْ ، فيكونُ باقِيًا على مِلْكِ الوَرَثَةِ . [٥/١٣٥ ظ] ويَحْتَمِلُ أن يكونَ للمُوصَى له[1] ، إذا قُلْنا : إنَّ المِلْكَ يَنْتَقِلُ إليه بمُجَرَّدِ المَوْتِ . فإذا قَبِلَ الوَصِيَّةَ اسْتَحَقَّ المُطالَبَةَ ؛ لأنَّا تَبَيَّنَّا أنَّ المِلْكَ كان له ، فكان المَبِيعُ فى شَرِكَتِه . ولا يَسْتَحِقُّ المُطالَبَةَ قبلَ القَبُولِ ، لأنَّا لا نَعْلَمُ أنَّ المِلْكَ له قبلَ القَبُولِ ، وإنَّما يَتَبَيَّنُ ذلك بقَبُولِه ، فإن قَبِل تَبَيَّنَّا أنَّه كان له ، وإن رَدَّ تَبيَّنَّا أنَّه كان للوَرَثَةِ ، ولا يَسْتَحِقُّ الوَرَثَةُ المُطالَبَةَ أيضًا ؛ لذلك . ويَحْتَمِلُ أنَّ لهم المُطالَبَةَ ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ القَبُولِ وبَقاءُ الحَقِّ لهم . ويُفارِقُ المُوصَى له مِن وَجْهَيْن ؛ أحَدُهما ، أنَّ الأصْلَ عَدَمُ القَبُولِ منه . والثانى ، أنَّه يُمْكِنُه

الإنصاف

بالثَّمَنِ . وهو المذهبُ . اخْتارَه القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « المُسْتَوعِبِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . قال الحارِثِىُّ : وهو قَولُ القاضى ، وأكثرِ أصحابه ،

---

(١) زيادة من : م .

الشرح الكبير

أن يَقْبلَ ثم يُطالِبَ ، بخِلافِ الوارثِ ؛ فإنَّه لا سَبِيلَ له إلى فِعْلِ ما يَعْلَمُ به ثُبوتَ المِلْكِ له أو لغيره . فإذا طالَبُوا ثم قَبِلَ الوَصِيُّ الوَصِيَّةَ ، كانتِ الشُّفْعَةُ له ، ويَفْتَقِرُ إلى الطَّلَبِ منه ؛ لأنَّ الطَّلَبَ الأوَّلَ تَبيَّنَ أنَّه مِن غيرِ المُسْتَحِقِّ . وإن قُلْنا بالرِّوايَةِ الأُولَى ، فطالَبَ الوَرَثَةُ بالشُّفْعَةِ ، فلهم الأَخْذُ بها ، وإذا قَبِلَ[1] الوَصِيُّ أخَذَ الشِّقْصِ المُوصَى به دُونَ الشِّقْصِ المَشْفوعِ ؛ لأنَّ الشِّقْصَ المُوصَى به إنَّما انْتَقَلَ إليه بعدَ الأخْذِ بشُفْعَتِه ، فأشْبَهَ ما لو أخَذَ بها المُوصِي فى حَياتِه . وإن لم يُطالِبُوا بالشُّفْعَةِ حتى قَبِلَ المُوصَى له ، فلا شُفْعَةَ له ؛ لأنَّ البَيْعَ وَقَع قبلَ ثُبوتِ المِلْكِ له وحُصُولِ شَرِكَتِه . وفى ثُبوتِها للوَرَثَةِ وَجْهانِ ، بِناءً على ما لو باعَ الشَّفِيعُ نَصِيبَه قبلَ عِلْمِه بِبَيْعِ شَرِيكِه .

فصل : ولو اشْتَرَى رجلٌ شِقْصًا ثم ارْتَدَّ ، فقُتِلَ أو ماتَ ، فللشَّفِيعِ أخْذُه بالشُّفْعَةِ ؛ لأنها وَجَبَتْ بالشِّراءِ ، وانْتِقالُه إلى المُسْلِمين بقَتْلِه أو مَوْتِه لا يَمْنَعُ الشُّفْعَةَ ، كما لو ماتَ على الإسْلامِ فوَرِثَه وَرَثَتُه ، أو صار مالُه لبَيْتِ المالِ لعَدَمِ وَرَثَتِه ، والمُطالِبُ بالشُّفْعَةِ وَكِيلُ بَيْتِ المالِ .

الإنصاف

وصاحبِ « التَّلْخيصِ » . فيَصِحُّ تصرُّفُه قبلَ قَبْضِه فيه . وقيل : لا يَمْلِكُه إلَّا بمُطالَبَتِه وقَبْضِه . وقيل : لا يَمْلِكُه إلَّا بحُكْمِ حاكمٍ . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ ، وقطَع به فى « تَذْكِرَتِه » . قال الحارِثِيُّ : ويحْصُلُ المِلْكُ بحُكْمِ الحاكمِ أيضًا . ذكَرَه ابنُ الصَّيْرَفِىِّ [٢١٣/٢ظ] فى « نوادِرِه » ، وقال به غيرُ واحدٍ . انتهى . وقيل :

---

(١) فى ر ١ : « قيل » .

الشرح الكبير

فصل : وإذا اشْتَرَى المُرْتَدُّ شِقْصًا ، فتَصَرُّفُه مَوْقُوفٌ ، فإن قُتِلَ على رِدَّتِه أو ماتَ عليها ، تَبَيَّنَّا أنَّ شِراءَه باطِلٌ ، ولا شُفْعَةَ فيه ، وإن أسْلَمَ ، تَبَيَّنَّا صِحَّتَه وثُبُوتَ الشُّفْعَةِ فيه . وقال أبو بكرٍ : تَصَرُّفُه غيرُ صَحِيحٍ في الحالَيْن ؛ لأنَّ مِلْكَه يَزُولُ برِدَّتِه ، فإذا أسْلَمَ عادَ إليه تَمْلِيكًا مُسْتَأْنَفًا . وقال الشافعيُّ ، وأبو يُوسُفَ : تَصَرُّفُه صَحِيحٌ في الحالَيْنِ ، وتَجِبُ الشُّفْعَةُ (1)فيه . ومَبْنَى الشُّفْعَةِ(1) هـٰهُنا على صِحَّةِ تَصَرُّفِ المُرْتَدِّ ، ويُذْكَرُ في غيرِ هذا المَوْضِعِ . وإن بِيعَ شِقْصٌ في شَرِكَةِ المُرْتَدِّ ، وكان المُشْتَرِي كافِرًا ، فأَخَذَه بالشُّفْعَةِ ، انْبَنَى على ذلك أيضًا ؛ لأنَّ أخْذَه بالشُّفْعَةِ شِرَاءٌ للشِّقْصِ مِن المُشْتَرِي ، فأشْبَهَ شِراءَه لغيرِه . وإن ارْتَدَّ الشَّفِيعُ المُسْلِمُ ، وقُتِلَ بالرِّدَّةِ أو ماتَ عليها ، انْتَقَلَ مالُه إلى المسْلِمِينَ فإن كان طالَبَ بالشُّفْعَةِ ، انْتَقَلَتْ أيضًا إلى المسْلِمِين ، [٥/١٣٦ و] يَنْظُرُ فيها الإمامُ أو نائِبُه . وإن قُتِلَ أو ماتَ قَبْلَ طَلَبِها ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه ، كما لو ماتَ على إسْلامِه . ولو ماتَ الشَّفِيعُ المُسْلِمُ ولم يُخَلِّفْ وارِثًا سِوَى بَيْتِ المالِ ، انْتَقَلَ نَصِيبُه إلى المُسْلِمِينَ إن ماتَ بعدَ الطَّلَبِ ، وإلَّا فلا .

الإنصاف

لايَمْلِكُه إلَّا بدَفْعِ ثَمَنِه ، ما لم يَصْبِرْ مُشْتَرِيه . واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ أيضًا . حَكاه في « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِيصِ » . قال في « القواعِدِ » : ويَشْهَدُ له نصُّ أحمدَ ، إذا لم يُحْضِرِ المالَ مُدَّةً طويلةً ، بطَلَتْ شُفْعَتُه . وقال في « الرِّعايَةِ » : الأصحُّ أنَّ له التَّصَرُّفَ قبلَ قَبْضِه وتمَلُّكِه . وقال في « التَّلْخيصِ » و « التَّرْغيبِ » :

(1 - 1) سقط من : الأصل .

المقنع

فَصْلٌ : وَيَأْخُذُ الشَّفِيعُ بِالثَّمَنِ الَّذِى وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ أَوْ عَنْ بَعْضِهِ ، سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ .

الشرح الكبير

فصل : قال ، رَحِمَه اللهُ : (ويَأْخُذُ الشَّفِيعُ بالثَّمَنِ الذى وَقَعَ عليه العَقْدُ ، فإن عَجَز عنه أو عن بَعْضِه ، سَقَطَتْ شُفْعَتُه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الشِّقْصَ مِن المُشْتَرِى بالثَّمَنِ الذى اسْتَقَرَّ عليه العَقْدُ ؛ لِما

الإنصاف

للمُشْتَرِى حَبْسُه على ثَمَنِه ؛ لأنَّ المِلْكَ بالشُّفْعَةِ قَهْرِىٌّ ؛ كالمِيراثِ ، والبَيْعِ عن رِضًا . ويُخالِفُه أيضًا فى خِيارِ الشَّرْطِ ، وكذا خِيارُ مَجْلِسٍ مِن جِهَةِ شَفيعٍ بعدَ تَمَلُّكِه ؛ لنُفُوذِ تصَرُّفِه قبلَ قَبْضِه بعدَ تملُّكِه بإرْثٍ .

فوائد ؛ منها ، تنْتَقِلُ الشُّفْعَةُ إلى الوَرَثَةِ كلِّهم على حسَبِ مِيراثِهم . ذكَرَه غيرُ واحدٍ ؛ منهم المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والسَّامَرِّىُّ ، وابنُ رَجَبٍ ، وغيرُهم . ومنها ، لا فَرْقَ فى الوارِثِ بينَ ذَوِى الرَّحِمِ والزَّوْجِ والمَوْلَى وبَيْتِ المالِ ، فيَأْخُذُ الإمامُ بها. صرَّح به الأصحابُ . قالَه فى « القاعِدَةِ التَّاسِعَةِ والأرْبَعِين بعدَ المِائَةِ » . ومنها ، إشْهادُ الشَّفيعِ على الطَّلَبِ حالَةَ العُذْرِ يقُومُ مَقامَ الطَّلَبِ فى الانْتِقالِ إلى الوَرَثَةِ . ومنها ، شَفِيعان فى شِقْصٍ ، عَفا أحدُهما ، وطالَبَ الآخَرُ ، ثم ماتَ ، فوَرِثَه العافِى ، له أخْذُ الشِّقْصِ بالشُّفْعَةِ . ذكَرَه المُصَنِّفُ وغيرُه . قال المُصَنِّفُ : وكذا لو قذَفَ رَجُلٌ أُمَّهما المَيْتَةَ ، فعَفا أحدُهما ، وطالَبَ الآخَرُ ، ثم ماتَ ، فوَرِثَه العافِى ، كان له اسْتِيفاءُ الحدِّ بالنِّيابَةِ عن أخِيه ، إذا قيلَ بوُجُوبِ الحدِّ بقَذْفِها .

تنبيه : قولُه : ويَأْخُذُ الشَّفِيعُ بالثَّمَنِ الَّذى وقَع عليه العَقْدُ . قال الحارِثِىُّ : فيه مُضْمَرٌ حُذِفَ اخْتِصارًا ، وتقْدِيرُه ، مِثْلُ الثَّمَنِ ، أو قَدْرُه ؛ لأنَّ الأخْذَ بعَيْنِ الثَّمَنِ المأْخُوذِ به للمُشْتَرِى غيرُ مُمْكِنٍ ، فتَعَيَّنَ الإضْمارُ . وإذَنْ فالظَّاهِرُ إرادَةُ

الشرح الكبير

رُوِىَ فى حَدِيثِ جابِرٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « هُوَ أَحَقُّ بِهِ بالثَّمَنِ »[1] . رَواه الجُوزْجَانِىُّ فى « كِتابِه » . ولأنَّ الشَّفِيعَ إنَّما اسْتَحَقَّ الشِّقْصَ بالبَيْعِ ، فكان مُسْتَحِقًّا له بالثَّمَنِ ، كالمُشْتَرِى . فإن قِيلَ : إنَّ الشَّفِيعَ اسْتَحَقَّ أَخْذَه بغيرِ رِضا مالِكِه ، فيَنْبَغِى أن يَأْخُذَه بِقِيمَتِه ، كالمُضْطَرِّ يَأْخُذُ طَعامَ غيرِه . قُلْنا : المُضْطَرُّ اسْتَحَقَّ أَخْذَه بسَبَبِ حاجَةٍ خاصَّةٍ ، فكان المَرْجِعُ فى بَدَلِه إلى قِيمَتِه ، والشَّفِيعُ اسْتَحَقَّه لأجْلِ البَيْعِ . ولهذا لو انْتَقَلَ بهِبَةٍ أو مِيراثٍ ، لم يَسْتَحِقَّ الشُّفْعَةَ ، وإذا اسْتَحَقَّ ذلك بالبَيْعِ ، وَجَب أن يكونَ بالعِوَضِ الثابِتِ بالبَيْعِ . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّنا نَنْظُرُ فى الثَّمَنِ ، فإن كان دَرَاهِمَ أو دَنانِيرَ ، أعْطاه الشَّفِيعُ مِثْلَه .

الثَّانى ، وهو القَدْرُ ؛ لأنَّه تعرَّض لوَصْفِ التَّأْجيلِ ، والمِثْلِيَّةِ والتَّقْويمِ فيما بعدُ ، فلو كانَ المِثْلُ مُرادًا ، لَكانَ تكْريرًا ؛ لشُمولِ المِثْلِ للصِّفَةِ والذَّاتِ . انتهى .

الإنصاف

قوله : وإنْ عجَز عنه أو عن بعضِه ، سقَطَتْ شُفْعَتُه . ولو أتَى برَهْنٍ أو ضامِنٍ ، لم يَلْزَمِ المُشْتَرِىَ ، ولكِنْ يُنْظَرُ ثَلاثًا ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ حتى يتَبَيَّنَ عَجْزُه . نصَّ عليه . وجزَم به فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « المُحَرَّرِ » ، وعنه ، لا يُنْظَرُ إلَّا يوْمَيْن . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . وعنه ، يُرْجَعُ فى ذلك إلى رَأْىِ الحاكمِ . قلتُ : وهذا الصَّوابُ فى وَقْتِنا هذا . فإذا مضَى الأجَلُ ، فسَخ المُشْتَرِى . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . اخْتارَه القاضى ، والمُصَنِّفُ . قال الحارِثِىُّ : وهو أصحُّ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » .

---

(١) هذا اللفظ أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٣١٠ ، ٣٨٢ . وضعفه الألبانى . انظر : إرواء الغليل ٥/ ٣٧٤ .

الشرح الكبير

فصل : ولا يَأْخُذُ بالشُّفْعَةِ مَن لا يَقْدِرُ على الثَّمَنِ ؛ لأنَّ فى أخْذِه بدُونِ دَفْعِ الثَّمَنِ إضْرارًا بالمُشْتَرِى ، ولا يُزالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ ، فإن أحْضَرَ رَهْنًا أو ضَمِينًا ، لم يَلْزَمِ المُشْتَرِىَ قَبُولُه ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا فى تأْخِيرِ الثَّمَنِ ، فلم يَلْزَمِ المُشْتَرِىَ ذلك ، كما لو أرادَ تأْخِيرَ ثَمَنٍ حالٌّ . وإن بَذَل عِوَضًا عن الثَّمَنِ ، لم يَلْزَمْه قَبُولُه ؛ لأنَّها مُعاوَضَةٌ ، فلم يُجْبَرْ عليها . وإذا أخَذَ بالشُّفْعَةِ ، لم يَلْزَمِ المُشْتَرِىَ تَسْلِيمُ الشِّقْصِ حتى يَقْبِضَ الثَّمَنَ ، فإن كان مَوْجُودًا سَلَّمَه ، وإن تَعَذَّرَ فى الحالِ ، فقال أحمدُ ، فى رِوايَةِ حَرْبٍ : يُنْظَرُ الشَّفِيعُ يَوْمًا أو يَوْمَيْن ، بقَدْرِ ما يَرَى الحاكِمُ ، فإذا كان أكْثَرَ ، فلا . وهذا قولُ مالكٍ . وقال ابن شُبْرُمَةَ ، وأصحابُ الشافعىِّ : يُنْظَرُ ثَلاثًا ؛ لأنَّها آخِرُ حَدِّ القِلَّةِ ، فإن أحْضَرَ الثَّمَنَ ، وإلَّا فَسَخ عليه . وقال أبو حنيفةَ وأصحابُه : لا يَأْخُذُ بالشُّفْعَةِ ، ولا يَقْضِى القاضِى بها حتى يُحْضِرَ الثَّمَنَ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الشِّقْصَ بغيرِ اخْتِيارِ المُشْتَرِى ، فلا يَسْتَحِقُّ ذلك إلَّا بإحْضارِ عِوَضِه ، كتَسْلِيمِ المَبِيعِ . ولَنا ، أنَّه تَمَلُّكٌ للمَبِيعِ بعِوَضٍ ،

الإنصاف

وقيل : إنَّما يفسَخُه الحاكِمُ . قدَّمه فى « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الفائقِ » . وقيل : يُتَبَيَّنُ بُطْلانُه . اخْتاره ابنُ عَقِيلٍ . قال الحارِثِىُّ : والمَنْصُوصُ مِن روايَةِ الحَمَّالِ ، بُطْلانُ الشُّفْعَةِ مُطْلَقًا . وهو ماقالَ فى « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » .

فوائد ؛ الأُولَى ، المذهبُ أنَّ الأخْذَ بالشُّفْعَةِ نَوْعُ بَيْعٍ ؛ لأنَّه دَفْعُ مالٍ لغَرَضِ التَّمَلُّكِ ، ولهذا اعْتُبِرَ له العِلْمُ بالشِّقْصِ وبالثَّمَنِ ، فلا يصِحُّ مع جَهالَتِهما . ذكَرَه المُصَنِّفُ وغيرُه ، قال : وله المُطالَبَةُ بالشُّفْعَةِ مع الجَهالَةِ . ثم يَتَعَرَّفُ مِقْدارَ

الشرح الكبير

[٥/١٣٦ ظ] فلا يَقِفُ على إحْضارِ العِوَضِ ، كالبَيْعِ ، وأمّا التَّسْلِيمُ فى البَيْعِ ، فالتَّسْلِيمُ فى الشُّفْعَةِ مثلُه ، وكَوْنُ الأخذِ بغيرِ اخْتِيارِ المُشْتَرِى يَدُلُّ على قُوَّتِه ، فلا يَمْنَعُ مِن اعْتِبارِه فى الصِّحَّةِ ، ومتى أجَّلْناه مُدَّةً فأحْضَرَ الثَّمَنَ فيها ، وإلَّا فَسخ الحاكِمُ الأخْذَ ورَدَّه إلى المُشْتَرِى . وكذا لو هَرَب الشَّفِيعُ بعدَ الأخذِ . قال شيخُنا[1] : والأوْلَى أنَّ للمُشْتَرِى الفَسْخَ مِن غيرِ حاكِمٍ ؛ لأنَّه فاتَ شَرْطُ الأخْذِ ، ولأنَّه تعَذَّرَ على البائِعِ الوُصُولُ إلى الثَّمَنِ ، فمَلَكَ الفَسْخَ ، كغيرِ مَن أُخِذَتِ الشُّفْعَةُ منه ، وكما لو أفْلَسَ الشَّفِيعُ ، والشُّفْعَةُ لا تَقِفُ على حُكْمِ الحاكِمِ ، فلا يَقِفُ فَسْخُ الأخذِ بها على الحاكِمِ ، كفَسْخِ غيرِها مِن البُيُوعِ ، وكالرَّدِّ بالعَيْبِ ، ولأنَّ وَقْفَ ذلك على الحاكِمِ يُفْضِى إلى الضَّرَرِ بالمُشْتَرِى ؛ لأنَّه قد يَتَعَذَّرُ عليه إثْباتُ ما يَدَّعِيه ، وقد يَصْعُبُ عليه حُضُورُ مَجْلِسِ الحاكِمِ لبُعْدِه أو غيرِ ذلك ، فلا يُشْرَعُ فيها ما يُفْضِى إلى الضَّرَرِ ، ولأنَّه لو وَقَفَ الأمْرُ على الحاكِمِ ، لم يَمْلِكِ الأخْذَ إلَّا بعدَ إحْضارِ الثَّمَنِ ، لئلَّا يُفْضِىَ إلى هذا الضَّرَرِ . وإن أفْلَسَ الشَّفِيعُ ، خُيِّرَ المُشْتَرِى بينَ الفَسْخِ وبينَ أن يَضْرِبَ مع الغُرَماءِ بالثَّمَنِ ، كالبائِعِ إذا أفْلَسَ المُشْتَرِى .

الإنصاف

الثَّمَنِ . وذكَرَ احْتِمالًا بجَوازِ الأخْذِ مع جَهالَةِ الشِّقْصِ ؛ بناءً على جوازِ بَيْعِ الأعْيانِ الغائِبَةِ . الثَّانيةُ ، قال المُصَنِّفُ وغيرُه : إذا أخذ بالشُّفْعَةِ ، لم يَلْزَمِ المُشْتَرِىَ تَسْلِيمُ الشِّقْصِ حتى يقْبِضَ الثَّمَنَ . وقالَه فى « التَّلْخِيصِ » وغيرِه ، وفرَّق بينَه وبينَ البَيْعِ . الثَّالثةُ ، لو تسَلَّم الشِّقْصَ ، والثَّمَنُ فى الذِّمَّةِ ، فأفْلَسَ ، فقال المُصَنِّفُ

---

(١) فى : المغنى ٧/٤٨٤ ، ٤٨٥ .

المقنع

وَمَا يُحَطُّ مِنَ الثَّمَنِ أَوْ يُزَادُ فِيهِ فِى مُدَّةِ الْخِيَارِ يُلْحَقُ بِهِ ، وَمَا كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يُلْحَقُ بِهِ .

الشرح الكبير

٢٤١٩ – مسألة : (وما يُزادُ فى الثَّمَنِ أو يُحَطُّ منه فى مُدَّةِ الخِيارِ يُلْحَقُ به ، وما بعدَ ذلك لا يُلْحَقُ به) قد ذَكَرْنا أنَّ الشَّفِيعَ إنَّما يَسْتَحِقُّ الشِّقْصَ بالثَّمَنِ الذى اسْتَقَرَّ عليه العَقْدُ ، فلو تَبايَعَا بقَدْرٍ ، ثم غَيَّراه فى زَمَنِ الخِيارِ بزِيادَةٍ أو نَقْصٍ ، ثَبَت ذلك التَّغْيِيرُ فى حَقِّ الشَّفِيعِ ؛ لأنَّ حَقَّ الشَّفِيعِ إنَّما يَثْبُتُ إذا تَمَّ العَقْدُ ، وإنَّما يُسْتَحَقُّ بالثَّمَنِ الذى هو ثابتٌ حالَ اسْتِحْقاقِه ، ولأنَّ زَمَنَ الخِيارِ بمَنْزِلَةِ حالَةِ العَقْدِ ، والتَّغْيِيرُ يَلْحَقُ بالعَقْدِ فيه ؛ لأنَّهما على اخْتِيارِهما فيه ، كما لو كانا فى حالِ العَقْدِ . فأمّا إذا انْقَضَى الخِيارُ وانْبَرَمَ العَقْدُ ، فزادَا أو نَقَصَا ، لم يَلْحَقْ بالعَقْدِ ؛ لأنَّ الزِّيادَةَ بعدَه هِبَةٌ تُعْتَبَرُ لها شُرُوطُ الهِبَةِ ، والنَّقْصُ إبْراءٌ مُبْتَدأٌ ، ولا يَثْبُتُ ذلك فى حَقِّ الشَّفِيعِ . وبه قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَثْبُتُ النَّقْصُ فى حَقِّ الشَّفِيعِ دُونَ الزِّيادَةِ . وإن كانا عندَه مُلْحَقانِ بالعَقْدِ ؛ لأنَّ الزِّيادَةَ تَضُرُّ بالشَّفِيعِ ، فلم يَمْلِكَاها ، بخِلافِ النَّقْصِ . وقال مالكٌ : إن بَقِىَ ما يكونُ

الإنصاف

وغيرُه : المُشْتَرِى مُخَيَّرٌ بينَ الفَسْخِ والضَّرْبِ مع الغُرَماءِ بالثَّمَنِ ، كالبائعِ إذا أفْلَسَ المُشْتَرِى . الرَّابعةُ ، فى رُجوعِ شَفِيعٍ بأَرْشٍ على مُشْتَرٍ ، عَفا عنه بائعٌ ، وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايَةِ » ، و « الفُروعِ » . قلتُ : الصَّوابُ عدَمُ الرُّجوعِ ، وهو ظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ . ثم وَجَدْتُه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « الحارِثِىِّ » ، قطَعُوا بذلك . وتقدَّم ذلك بعدَ قوْلِه : وإنْ فُسِخَ البَيْعُ بعَيْبٍ أو إقالَةٍ .

المقنع

وَإِنْ كَانَ مُؤَجَّلًا ، أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِالْأَجَلِ إِنْ كَانَ مَلِيًّا ، وَإِلَّا أَقَامَ كَفِيلًا مَلِيًّا وَأَخَذَ بِهِ .

الشرح الكبير

ثَمَنًا أخَذَ به ، وإن حَطَّ الأَكْثَرَ أخَذَه بجَمِيعِ الثَّمَنِ الأَوَّلِ . ولَنا ، أنَّ ذلك [١٣٧/٥ و] يُعْتَبَرُ بعدَ اسْتِقرارِ العَقْدِ ، فلم يَثْبُتْ فى حَقِّ الشَّفِيعِ ، كالزِّيادَةِ ، ولأنَّ الشَّفِيعَ اسْتَحَقَّ الأخْذَ بالثَّمَنِ الأوَّلِ قبلَ التَّغْيِيرِ ، فلم يُؤَثِّرِ التَّغْيِيرُ بعدَ ذلك فيه ، كالزِّيادَةِ . وما ذَكَرُوه مِن العُذْرِ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ ذلك لو لَحِق العَقْدَ لَزِم الشَّفِيعَ وإن أضَرَّ به ، كالزِّيادَةِ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، ولأنَّه حَطٌّ بعدَ لُزُومِ العَقْدِ ، فأشْبَهَ حَطَّ الجَمِيعِ أو الأَكْثَرِ عندَ مالكٍ .

٢٤٢٠ – مسألة : (وإن كان مُؤَجَّلًا ، أخَذَه الشَّفِيعُ بالأجَلِ إن كان مَلِيئًا ، وإلَّا أقامَ كَفِيلًا مَلِيًّا وأخَذَه به) وبهذا قال مالكٌ ، وعبدُ المَلِكِ ، وإسحاقُ . وقال الثَّوْرِىُّ : لا يَأْخُذُها إلَّا بالنَّقْدِ حالًّا . وقال أبو حنيفةَ : لا يَأْخُذُ إلَّا بثَمَنٍ حالٍّ ، أو يَنْتَظِرُ مُضِىَّ الأجَلِ ثم يَأْخُذ . وعن الشافعىِّ كمَذْهَبِنا ومَذْهَبِ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه أخْذُه بالمُؤَجَّلِ ، لأنَّه يُفْضِى إلى أن يَلْزَمَ المُشْتَرِىَ قَبُولُ ذِمَّةِ الشَّفِيعِ ، والذِّمَمُ لا تَتَماثَلُ ، وإنَّما يَأْخُذ بمِثْلِه ، ولا يَلْزَمُه أن يَأْخذ بمِثْلِه حالًّا ، لئَلَّا يَلْزَمَه أكْثَرُ مِمَّا يَلْزَمُ المُشْتَرِىَ ، ولا بسِلْعَةٍ بمثلِ الثَّمَنِ إلى الأجَلِ ؛ لأنَّه إنَّما يَأْخُذُه بمثلِ الثَّمَنِ أو القِيمَةِ ، والسِّلْعَةُ لَيْست واحِدًا منهما ، فلم يَبْقَ إلَّا التَّخْيِيرُ . ولَنا ، أنَّ الشَّفِيعَ تابعٌ

الإنصاف

قوله : وإنْ كان مُؤَجَّلًا ، أخَذَه الشَّفِيعُ بالأَجَلِ إنْ كان مَلِيئًا ، وإلَّا أقامَ كَفِيلًا مَلِيئًا وأخَذ به . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، ونصَّ عليه . لكِنْ شرَط القاضى فى « الجامعِ الصَّغيرِ » وغيرِه ، ووَلَدُه أبو الحُسَيْنِ ، والقاضى يَعْقُوبُ ، وأبو

المقنع

وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ عَرْضًا ، أَعْطَاهُ مِثْلَهُ إِنْ كَانَ ذَا مِثْلٍ ، أَوْ قِيمَتَهُ . [١٤٥و]

الشرح الكبير

للمُشْتَرِى فى قَدْرِ الثَّمَنِ وصِفَتِه ، والتَّأْجِيلُ مِن صِفاتِه ، ولأنَّ فى الحُلُولِ زِيادَةً على التَّأْجِيلِ ، فلم يَلْزَمِ الشَّفِيعَ ، كزِيادَةِ القَدْرِ . وما ذَكَرُوه مِن اخْتِلافِ الذِّمَمِ ، فإنَّا لا نُوجِبُها حتى تُوجَدَ المَلاءَةُ فى الشَّفِيعِ ، أو فى الضّامِنِ ، بحيثُ يَنْحَفِظُ المالُ ، فلا يَضُرُّ اخْتِلافُهُما فيما وراءَ ذلك ، كما لو اشْتَرَى الشِّقْصَ بسِلْعَةٍ وَجَبَتْ قِيمَتُها ، ولا يَضُرُّ اخْتِلافُهُما . ومتى أخَذَه الشَّفِيعُ بالأجَلِ ، فماتَ الشَّفِيعُ أو المُشْتَرِى ، وقُلْنا : يَحِلُّ الدَّيْنُ بالمَوْتِ . حَلَّ الدَّيْنُ على المَيِّتِ منهما دُونَ صاحِبِه ؛ لأنَّ سَبَبَ حُلُولِه المَوْتُ ، فاخْتَصَّ بمَن وُجِدَ فى حَقِّه .

٢٤٢١ – مسألة : (وإن كان الثَّمَنُ عَرْضًا ، أعْطاه مثلَه إن كان ذا مِثْلٍ ، وإلَّا أعْطاه قِيمَتَه) أمَّا إذا كان مِن المِثْلِيّاتِ ؛ كالحُبُوبِ ،

الإنصاف

الحَسَنِ ابنُ بَكْروسٍ ، وَصْفَ الثِّقَةِ مع المَلاءَةِ ، فلا يسْتَحِقُّ . بدُونِهما . قال الحارِثِىُّ : وليس ببعيدٍ مِنَ النَّصِّ .

فائدة : لو أخذ الشَّفِيعُ بالأجَلِ ، [٢١٤/٢و] ثم ماتَ هو أوِ المُشْتَرِى ، وقُلْنا : يحِلُّ الدَّيْنُ بالمَوْتِ . حلَّ الثَّمَنُ عليه ، ولم يحِلَّ على الحَىِّ منهما . ذكَرَه المُصَنِّفُ وغيرُه .

فائدة : قال الحارِثِىُّ : إطْلاقُ قَوْلِ المُصَنِّفِ : إنْ كانَ مُؤَجَّلًا ، أخذه بالأجَلِ ، إنْ كان مَلِيئًا . يُفِيدُ ما لو لم يتَّفِقْ طَلَبُ الشَّفِيعِ إلَّا عندَ حُلولِ الأجَلِ أو بعدَه ، أنْ يثْبُتَ له اسْتِئْنافُ الأجَلِ . وقطَع به ونصَرَه .

قوله : وإنْ كان الثَّمَنُ عَرَضًا ، أعْطاه مِثْلَه إنْ كان ذا مِثْلٍ ، وَإلَّا قيمَتَه . اعلمْ

الشرح الكبير

والأدْهانِ ، فهو كالأثْمانِ ، قِياسًا عليها ، فيُعْطِيه الشَّفِيعُ مِثْلَها . هكذا ذَكَرَه أصحابُنا . وهو قولُ أصحابِ الرَّأْىِ ، وأصحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ هذا مِثْلٌ[1] مِن طَرِيقِ الصُّورَةِ والقِيمَةِ ، فكان أوْلَى مِن المُماثِلِ فى أحَدِهما ، ولأنَّ الواجِبَ بَدَلُ[2] الثَّمَنِ ، فكان مثلَه ، كبَدَلِ العَرْضِ والمُتْلَفِ . وإن كان مِمّا لا مِثْلَ له ؛ كالثِّيابِ ، والحَيَوانِ ، [٥/١٣٧ ظ] فإنَّ الشَّفِيعَ يَسْتَحِقُّ الشِّقْصَ بقِيمَةِ العَرْضِ[3] . وهذا قولُ أكْثَرِ أهلِ العِلْمِ . وبه يقولُ أصحابُ الرَّأْىِ ، والشافعىُّ . وحُكِىَ عن الحَسَنِ ، وسَوَّارٍ ، أنَّ الشُّفْعَةَ لا تَجِبُ ههُنا ؛ لأنَّها تَجِبُ بمثلِ الثَّمَنِ ، وهذا لا مِثْلَ له ، فتَعَذَّرَ الأخْذُ ، فلم يَجِبْ ، كما لو جُهِلَ الثَّمَنُ . ولَنا ، أنَّه أحَدُ نَوْعَىِ الثَّمَنِ ، فجازَ أن تَثْبُتَ به الشُّفْعَةُ فى المَبِيعِ ، كالمِثْلِىِّ ، وما ذَكَرُوه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ المِثْلَ يكونُ مِن طَرِيقِ الصُّورَةِ ومِن طَرِيقِ القِيمَةِ ، كبَدَلِ المُتْلَفِ .

الإنصاف

أنَّ الثَّمَنَ لا يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ مِثْلِيًّا ، أو مُتَقَوَّمًا . فإنْ كان مِثْلِيًّا ، انْقسَمَ إلى نَقْدٍ وعَرْضٍ ، وأيًّا ما كانَ ، فالمُماثَلَةُ فيه تتَعلَّقُ بأُمورٍ ؛ أحدُها ، الجِنْسُ . فيَجِبُ مِثْلُه مِنَ الجِنْسِ ؛ كالذَّهَبِ ، والفِضَّةِ ، والحِنْطَةِ ، والشَّعِيرِ ، والزَّيْتِ ، ونحوِه ، وإنِ انْقطَعَ المِثْلُ حالَةَ الأخْذِ ، انْتقَلَ إلى القِيمَةِ ، كما فى الغَصْبِ ، حَكاه ابنُ الزَّاغُونِىِّ محَلَّ وِفاقٍ . وفى أصْلِ المَسْأَلَةِ رِوايَةٌ ، أنَّه يأْخُذُ بقِيمَةِ المَكِيلِ والمَوْزُونِ ؛

---

(١) زيادة من : م .

(٢) فى م : « بذل » .

(٣) فى م : « الثمن » .

....

الشرح الكبير

فصل : وإن كان الثَّمَنُ تَجِبُ قِيمَتُه ، فإنَّها تُعْتَبَرُ وَقْتَ البَيْعِ ؛ لأنَّه وَقْتُ الاسْتِحْقاقِ ، ولا اعْتِبارَ بعدَ ذلك بالزِّيادَةِ والنَّقْصِ فى القِيمَةِ . وإن كان فيه خِيارٌ ، اعْتُبِرَتِ القِيمَةُ حينَ انْقضاءِ الخِيارِ واسْتِقْرارِ العَقْدِ ؛ لأنَّه حينُ اسْتِحْقاقِ الشُّفْعَةِ . وبه قال الشافعىُّ . وحُكِىَ عن مالكٍ ، أنَّه يأْخُذُه بقِيمَتِه يومَ المُحاكَمَةِ . وليس بصَحِيحٍ ؛ لأنَّ وَقْتَ الاسْتِحْقاقِ وَقْتُ العَقْدِ ، وما زادَ بعدَ ذلك حَصَل فى مِلْكِ البائعِ ، فلا يكونُ للمُشْتَرِى ، وما نَقَصَ فمِن مالِ البائعِ ، فلا يَنْقُصُ به[1] حَقُّ المُشْتَرِى .

الإنصاف

تعَذَّرَ المِثْلُ ، أوْ لا . وأمَّا المَذْرُوعُ ، كالثِّيابِ ، فقال ابنُ الزَّاغُونِىِّ فى شُروطِه : القَوْلُ فيه كالقَوْلِ فى المَكِيلِ والمَوْزونِ ، إلَّا أنَّ القَوْلَ فيه هنا مَبْنِىٌّ على السَّلَمِ فيه ؛ فحيثُ صحَّحْنا السَّلَمَ فيه ، أخَذ مِثْلَها ، إلَّا على الرِّوايَةِ فى أنَّها مَضْمُونَةٌ بالقِيمَةِ ، فيأْخُذُ الشَّفيعُ بالقِيمَةِ ، وحيثُ قُلْنا : لا يصِحُّ . يأْخُذُ القِيمَةَ ، والأَوْلَى القِيمَةُ . انتهى . قال الحارِثِىُّ : والقِيمَةُ اخْتِيارُ المُصَنِّفِ ، وعامَّةِ الأصحابِ . وأمَّا المَعْدُودُ ، كالبَيْضِ ونحوِه ، فقال ابنُ الزَّاغُونِىِّ : يَنْبَنِى على السَّلَمِ فيه ؛ إنْ قيلَ بالصِّحَّةِ ، ففيه ما فى المَكِيلِ والمَوْزُونِ ، وإلَّا فالقِيمَةُ . الثَّانى ، المِقْدارُ . فيَجِبُ مِثْلُ الثَّمَنِ قَدْرًا مِن غيرِ زِيادَةٍ ولا نَقْصٍ ؛ فإنْ وقَع العَقْدُ على ما هو مُقَدَّرٌ بالمِعْيارِ الشَّرْعِىِّ ، فذاكَ ، وإنْ كان بغيرِه ؛ كالبَيْعِ بأَلْفِ رَطْلٍ مِن حِنْطَةٍ ، فقال فى « التَّلْخيصِ » : ظاهِرُ كلامِ أصحابِنا ، أنَّه يُكالُ ويُدْفَعُ إليه مِثْلُ مَكِيلِه ؛ لأنَّ الرِّبَوِيَّاتِ تَماثُلُها بالمِعْيارِ الشَّرْعِىِّ . وكذلك إقْراضُ الحِنْطَةِ بالوَزْنِ . وقال :

---

(١) سقط من : م .

المقنع

وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى قَدْرِ الثَّمَنِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِى ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ .

الشرح الكبير

٢٤٢٢ - مسألة : (وإنِ اخْتَلَفَا فى قَدْرِ الثَّمَنِ ، فالقولُ قولُ المُشْتَرِى ، إلَّا أن تكونَ للشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ) إذا اخْتَلَفَ الشَّفِيعُ والمُشْتَرِى فى

الإنصاف

يَكْفِى عندِى الوَزْنُ هنا ؛ إذِ المَبْذُولُ فى مُقابَلَةِ الشِّقْصِ ، وقَدْرُ الثَّمَنِ ، مِعْيارُه لا عِوَضُه . انتهى .

تنبيه : تقدَّم فى الحِيَلِ ، إذا جَهِلَ الثَّمَنَ ، ما يأْخُذُ . الثَّالثُ ، الصِّفَةُ فى الصِّحاحِ ،والمُكَسَّرَةِ ،والسُّودِ ،ونَقْدِ البَلَدِ ،والحُلُولِ ،وضِدِّها .فيَجِبُ مِثْلُه صِفَةً . وإنْ كان مُتَقَوِّمًا ؛ كالعَبْدِ ، والدَّارِ ، ونحوِهما ، فالواجِبُ اعْتِبارُه بالقِيمَةِ يوْمَ البَيْعِ . وقال فى « الرِّعايَةِ » : يأْخُذُ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ بما اسْتقَرَّ عليه العَقْدُ ؛ مِن ثَمَنٍ مِثْلِىٍّ ،أو قِيمَةِ غيرِه وَقْتَ لُزومِ العَقْدِ .وقيل : بل وَقْتَ وُجوبِ الشُّفْعَةِ . انتهى .

فائدة : لو تبايَعَ ذِمِّيَّان بخَمْرٍ ؛ إنْ قُلْنا : ليستْ مالًا لهم . فلا شُفْعَةَ بحالٍ . اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُهم ، واقْتَصر عليه الحارِثِىُّ . وإنْ قُلْنا : هى مالٌ لهم . فأَطْلَقَ أبو الخَطَّابِ وغيرُه وُجوبَ الشُّفْعَةِ ، وكذا قال القاضى وغيرُه . ثم قال فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » : يأْخُذُ بقِيمَةِ الخَمْرِ ، كما لو أتْلَفَ على ذِمِّىٍّ خَمْرًا .

قوله : وإنِ اخْتَلَفا فى قَدْرِ الثَّمَنِ ، فالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِى ، إلَّا أنْ يكونَ للشَّفيعِ بَيِّنَةٌ . وهذا بلا نِزاعٍ ، وعليه الأصحابُ . لكِنْ لو أقامَ كلُّ واحدٍ مِنَ الشَّفيعِ

الشرح الكبير

الثَّمَنِ ، فقال المُشْتَرِى : اشْتَرَيْتُه بمائةٍ . فقال الشَّفِيعُ : بل بخَمْسِينَ . فالقولُ قولُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّه العاقِدُ ، فهو أعْرَفُ بالثَّمَنِ ، ولأنَّ الشِّقْصَ مِلْكُه فلا يُنْزَعُ منه بالدَّعْوَى بغيرِ بَيِّنَةٍ . وبهذا قال الشافعيُّ . فإن قِيلَ : فهَلَّا قُلْتُم : القولُ قولُ الشَّفِيعِ ؛ لأنَّه غارِمٌ ومُنْكِرٌ للزِّيادَةِ ، فهو كالغاصِبِ ، والمُتْلِفِ ، والضّامِنِ نَصِيبَ شَرِيكِه إذا أعْتَقَ ؟ قُلْنا : الشَّفِيعُ ليس بغارِمٍ ؛ لأنَّه لا شيءَ عليه ، وإنَّما يُرِيدُ أن يَمْلِكَ الشِّقْصَ بثَمَنِه ، بخِلافِ الغاصِبِ والمُتْلِفِ والمعْتِقِ . فأمَّا إن كان للشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ له بها ، وكذلك إن كان للمُشْتَرِى بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بها ، واسْتُغْنِىَ عن يَمِينِه . ويَثْبُتُ ذلك بشاهِدٍ ويَمِينٍ ، وشَهادَةِ رجلٍ وامْرأتَيْن ، ولا تُقْبَلُ شَهادَةُ البائعِ ؛ لأنَّه إذا شَهِدَ للشَّفِيعِ كان مُتَّهَمًا ؛ لأنَّه يَطْلُبُ تَقلِيلَ الثَّمَنِ خوْفًا

الإنصاف

والمُشْتَرِى بَيِّنَةً بثَمَنِه ، فقال القاضى ، وابنُه أبو [1] الحُسَيْنِ ، وأبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو القاسِمِ الزَّيْدِيُّ ، وصاحِبُ « المُسْتَوْعِبِ » : تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الشَّفيعِ . قالَ الحارِثِيُّ : ويَقْتَضِيه إطْلاقُ الخِرَقِيِّ ، والمُصَنِّفِ هنا . وجزَم به فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » . وقيل : يتَعارَضان . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وقيل باسْتِعْمالِهما بالقُرْعَةِ . وأطْلَقَهُنَّ فى « الفُروعِ » . ووَجَّه الحارِثِىُّ قَوْلًا ، أنَّ القَوْلَ قَوْلُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّه قال : قَوْلُ الأصحابِ هنا مُخالِفٌ لِمَا قالُوه فى بَيِّنَةِ البائعِ

---

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

مِن الدَّرَكِ عليه . [١٣٨/٥ و] فإن أقامَ كلٌّ واحدٍ منهما بَيِّنَةً ، احْتَمَلَ تعارُضُهما ؛ لأَنَّهما يَتنازَعان فيما وَقَع عليه العَقْدُ ، فيَصِيرَان كمَن لا بَيِّنَةَ لهما . وذَكر الشَّريفُ أنَّ بَيِّنَةَ الشَّفِيعِ تُقَدَّمُ ؛ لأَنَّها خارِجَةٌ . ويَقْتَضِيه قولُ الخِرَقِيِّ ؛ لأنَّ بَيِّنَةَ الخارِجِ عندَه تُقَدَّمُ على بَيِّنَةِ الداخِلِ ، والشَّفِيعُ خارِجٌ . وهو قولُ أبي حنيفةَ . وقال صاحِبَاه : تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ المُشْتَرِى ؛ لأَنَّها تَتَرَجَّحُ بقَوْلِ المُشْتَرِى ، فإنَّه مُقَدَّمٌ على قولِ الشَّفِيعِ ، ويُخالِفُ الخارِجَ والدّاخِلَ ؛ لأنَّ بَيِّنَةَ الدّاخِلِ يَجُوزُ أن تكونَ مُسْتَنِدَةً إلى يَدِه ، وفي مسألتِنا البَيِّنَةُ تَشْهَدُ على نَفْسِ العَقْدِ ، كشَهادَةِ بَيِّنَةِ الشَّفِيعِ . ولَنا ، أَنَّهُما بَيِّنَتان تَعارَضَتا ، فقُدِّمَتْ بَيِّنَةُ مَن لا يُقْبَلُ قَوْلُه عندَ عَدَمِها ، كالدّاخِلِ والخارِجِ . ويَحْتَمِلُ أن يُقْرَعَ بينَهما ؛ لأَنَّهما يَتنازَعان في العَقْدِ ، ولا يَدَ لهما عليه ، فصارَا كالمُتَنازِعَيْن عَيْنًا في يَدِ غيرِهما .

الإنصاف

والمُشْتَرِى ، حيثُ قدَّموا بَيِّنَةَ البائعِ ؛ لأنَّه مُدَّعٍ بزِيادَةٍ ، وهذا بعَيْنِه مَوْجُودٌ في المُشْتَرِى هنا ، فيَحْتَمِلُ أنْ يُقالَ فيه بمِثْلِ ذلك . انتهى .

فوائد ؛ إحْداها ، لو قال المُشْتَرِى : لا أعْلَمُ قَدْرَ الثَّمَنِ . فالقَوْلُ قَوْلُه . ذكَرَه الأصحابُ ؛ [٢١٤/٢ظ] القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُهم . قال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ : فيَحْلِفُ أنَّه لا يعْلَمُ قَدْرَه ؛ لأنَّ ذلك وَفْقَ الجَوابِ ، وإذَنْ لا شُفْعَةَ ؛ لأَنَّها لا تُسْتَحَقُّ بدُونِ البَدَلِ ، وإيجابُ البَدَلِ مُتَعَذِّرٌ للجَهالَةِ . ولو ادَّعَى المُشْتَرِى جَهْلَ قِيمَةِ العَرْضِ ، فكدَعْوَى جَهْلِ الثَّمَنِ . ذكَرَه المُصَنِّفُ وغيرُه . وتقدَّم التَّنْبِيهُ على ذلك ، بعدَ ذِكْرِ الحِيَلِ ، أوَّلَ البابِ . الثَّانيةُ ، لو قال البائعُ : الثَّمَنُ ثلاثةُ آلافٍ . وقال المُشْتَرِى : ألفان . وقال الشَّفِيعُ . ألْفٌ . وأقامُوا البَيِّنَةَ ،

الشرح الكبير

فصل : فإن قال المُشْتَرِى : لا أعْلَمُ قَدْرَ الثَّمَنِ . فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ ما يَدَّعِيه مُمْكِنٌ ، يَجُوزُ أن يكونَ اشْتَراهُ جُزَافًا ، أو بثَمَنٍ نَسِىَ قَدْرَه ، ويَحْلِفُ[1] ، فإذا حَلَف سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّها لا تُسْتَحَقُّ بغيرِ بَدَلٍ ، ولا يُمْكِنُ أن يَدْفَعَ إليه ما لا يَدَّعِيه . فإنِ ادَّعَى أنَّكَ فَعَلْتَ ذلك تَحَيُّلًا[2] على إسْقاطِ الشُّفْعَةِ ، حَلَف على نَفْىِ ذلك .

فصل : فإنِ اشْتَرَى شِقْصًا بعَرْضٍ ، واخْتَلَفا فى قِيمَتِه ، فإن كان مَوْجُودًا عَرَضْناه على المُقَوِّمِينَ ، وإن تَعَذَّرَ إحْضارُه فالقولُ قولُ المُشْتَرِى ، كما لو اخْتَلَفا فى قَدْرِه . فإنِ ادَّعَى جَهْلَ قِيمَتِه ، فهو على ما ذَكَرْنا فيما إذا ادَّعَى جَهْلَ ثَمَنِه . وإنِ اخْتَلَفا فى الغِرَاسِ والبِنَاءِ فى الشِّقْصِ ، فقال المُشْتَرِى : أنا أحْدَثْتُه . فأنْكَرَ الشَّفِيعُ[3] ، فالقَوْلُ قولُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّه مِلْكُه ، والشَّفِيعُ يُرِيدُ تَمَلُّكَه عليه ، فكان القولُ قولَ المالِكِ .

الإنصاف

فالبَيِّنَةُ للبائِعِ ، على ما تقدَّم ؛ لدَعْوَى الزِّيادَةِ . الثَّالثَةُ ، لو كان الثَّمَنُ عَرْضًا ، واخْتلَفَ الشَّفِيعُ والمُشْتَرِى فى قِيمَتِه ، فإنْ وُجِدَ ، قُوِّم ، وإنْ تعذَّرَ ، فالقَوْلُ قوْلُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه . قالَه المُصَنِّفُ وغيرُه . وإنْ أقامَا بَيِّنَةً بقِيمَتِه ، قال الحارِثِىُّ : فالأَظْهَرُ التَّعارُضُ . ويَحْتَمِلُ تقْديمَ بَيِّنَةِ الشَّفيعِ .

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « تحليلا » .

(٣) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرِى : اشْتَرَيْتُهُ بِأَلْفٍ . وَأَقَامَ الْبَائِعُ بَيِّنَةً أَنَّهُ بَاعَهُ بِأَلْفَيْنِ ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُهُ بِأَلْفٍ . وَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرِى : غَلِطْتُ . فَهَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٤٢٣ – مسألة : (وإن قال المُشْتَرِى : اشْتَرَيْتُه بألْفٍ . وأقامَ البائعُ بَيِّنَةً أنَّه باعَه بألْفَيْن ، فللشَّفِيعِ أخْذُه بألْفٍ . فإن قال المُشْتَرِى : غَلِطْتُ . فهل يُقْبَلُ قولُه مع يَمِينِه ؟ على وَجْهَيْن) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ للشَّفِيعِ أن يَأْخُذَه بما قال المُشْتَرِى ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ مُقِرٌّ له باسْتِحْقاقِه بألْفٍ ، ويَدَّعِى أنَّ البائعَ ظَلَمَه . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : إن حَكَم الحاكِمُ بألْفَيْن أخَذَه الشَّفِيعُ بهما ؛ لأنَّ الحاكِمَ إذا حَكَم عليه[1] بالبَيِّنَةِ ، بَطَل قَوْلُه ، وثَبَت ما حَكَم به الحاكِمُ[1] . ولَنا ، أنَّ المُشْتَرِىَ يُقِرُّ بأنَّ هذه البَيِّنَةَ كاذِبَةٌ ، وأنه ظُلِمَ بألْفٍ ، فلم يُحْكَمْ له به ، وإنَّما حُكِم بها للبائِعِ ؛ لأنَّه لا يُكَذِّبُها . [١٣٨/٥ ظ] فإن قال المُشْتَرِى : صَدَقَتِ البَيِّنَةُ وكُنْتُ أنا كاذِبًا – أو – ناسِيًا . ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، لا يُقْبَلُ رُجُوعُه ؛ لأنه رُجُوعٌ عن إقْرارٍ تَعَلَّقَ به حَقُّ آدَمِىٍّ غيرِه ، فأشْبَهَ ما لو أقَرَّ

الإنصاف

قوله : وإنْ قالَ المُشْتَرِى : اشْتَرَيْتُه بألْفٍ . وأقامَ البائعُ بَيِّنَةً أنَّه بَاعَه بألْفَيْن ، فللشَّفِيعِ أخْذُه بألْفٍ – بلا نِزاعٍ – وإنْ قالَ المُشْتَرِى : غَلِطْتُ – أو نَسيتُ ، أو كَذَبْتُ – فهل يُقْبَلُ قولُه مع يمينِه ؟ على وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ،

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

له بدَيْنٍ . والثانى ، يُقبَلُ قولُه . قال القاضِى : هو قِياسُ المَذْهَبِ عندِى ، كما لو أخْبَرَ فى المُرابَحَةِ بثَمَنٍ ، ثم قال : غَلِطْتُ ، والثَّمَنُ أكْثَرُ . قُبلَ قولُه مع يَمِينِه ، بل هٰهُنا أوْلَى ؛ لأنَّه قد قامَتِ البَيِّنَةُ بكَذِبِه ، وحَكَم الحاكِمُ بخِلافِ قَوْلِه ، فقُبِلَ رُجُوعُه عن الكَذِبِ . وإن لم تَكُنْ للبائِعِ بَيِّنَةٌ ، فتَحالَفا ، فللشَّفِيعِ أخْذُه بما حَلَف عليه البائِعُ ، فإن أرادَ أخْذَه بما حَلَف عليه المُشْتَرِى ، لم يَكُنْ له ذلك ؛ لأنَّ للبائِعِ فَسْخَ البَيْعِ ، وأخْذُه بما قال المُشْتَرِى يَمْنَعُ ذلك ، ولأنَّه يُفْضِى إلى إلْزامِ العَقْدِ بما حَلَف عليه المُشْتَرِى ، ولا يَمْلِكُ ذلك . فإن رَضِىَ المُشْتَرِى بأخْذِه بما قال البائِعُ ، جازَ ، ومَلَك الشَّفِيعُ أخْذَه بالثَّمَنِ الذى حَلَف عليه المُشْتَرِى ؛ لأنَّ حَقَّ البائِعِ مِن الفَسْخِ قد زالَ . فإن عادَ المُشْتَرِى فصَدَّقَ البائِعَ ، وقال : الثَّمَنُ ألْفانِ وكُنْتُ غالِطًا . فهل للشَّفِيعِ أخْذُه بالثَّمَنِ الذى حَلَف عليه ؟ فيه وَجْهان ، كما لو قامَتْ به بَيِّنَةٌ .

الإنصاف

و « التَّلْخيصِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ؛ أحدُهما ، يُقْبَلُ قَوْلُه . قال القاضى : قِياسُ المذهبِ عندِى ، يُقْبَلُ قَوْلُه ، كما لو أخْبَرَ فى المُرابحَةِ . ثم قال : غَلِطْتُ . بل هنا أوْلَى ؛ لأنَّه قد قامَتْ بَيِّنَةٌ بكَذِبِه . قال الحارِثِىُّ : هذا الأقْوَى . قال فى « الهِدايَةِ » ، لمَّا أطْلَقَ الوَجْهَيْن ؛ بِناءً على المُخْبِرِ فى المُرابَحَةِ ، إذا قال : غَلِطْتُ . وقد تقدَّم أنَّ أكثرَ الأصحاب قَبِلُوا قوْلَه فى ادِّعائِه غلَطًا فى المُرابحَةِ . وصحَّحه هنا فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يُقْبَلُ . قدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وجزَم به فى « الكافِى » . واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ . وهذا المذهبُ على

الشرح الكبير

فصل : ولو اشْتَرَى شِقْصًا له شَفِيعان ، فادَّعَى على أحَدِ الشَّفِيعَيْن أنَّه عَفَا عن الشُّفْعَةِ ، وشَهِد له بذلك الشَّفِيعُ الآخَرُ قبلَ عَفْوِه عن شُفْعَتِه ، لم تُقْبَلْ شَهادَتُه ؛ لأنه يَجُرُّ إلى نفسِه نَفْعًا ، وهو تَوَفُّرُ الشُّفْعَةِ عليه . فإذا رُدَّتْ شَهادَتُه ، ثم عَفَا عن الشُّفْعَةِ ، ثم أعادَ تلك الشَّهادَةَ ، لم تُقْبَلْ ؛ لأنَّها رُدَّتْ للتُّهْمَةِ ، فلم تُقْبَلْ بعدَ زَوالِها ، كَشَهادَةِ الفاسِقِ إذا رُدَّتْ ثم تابَ وأعادَها ، لم تُقْبَلْ . ولو لم يَشْهَدْ حتى عَفَا ، قُبِلَتْ شَهادَتُه ؛ لعَدَمِ التُّهْمَةِ ، ويَحْلِفُ المُشْتَرِى مع شَهادَتِه . ولو لم تَكُنْ بَيِّنَةٌ ، فالقولُ قولُ المُنْكِرِ مع يَمِينِه . وإن كانتِ الدَّعْوَى على الشَّفِيعَيْن معًا ، فحَلَفا ، ثَبَتَتِ الشُّفْعَةُ . وإن حَلَف أحَدُهُما ونَكَل الآخَرُ ، نَظَرْنا في الحالِفِ ؛ فإن صَدَّقَ شَرِيكَه في الشُّفْعَةِ في أنَّه لم يَعْفُ ، لم يَحْتَجْ إلى يَمِينٍ ، وكانتِ الشُّفْعَةُ بينَهما ؛ لأنَّ الحَقَّ له ، فإنَّ الشُّفْعَةَ تَتَوَفَّرُ عليه إذا سَقَطَتْ شُفْعَةُ شَرِيكِه . وإنِ ادَّعَى أنَّه عَفَا ، فنَكَلَ ، قُضِىَ له بالشُّفْعَةِ كلِّها . وسَواءٌ وَرِثَا الشُّفْعَةَ

الإنصاف

ما اصْطَلَحْناه . ونقَل أبو طالِبٍ في المُرابحَةِ ، إنْ كان البائِعُ مَعْرُوفًا بالصِّدْقِ ، قُبِلَ قوْلُه ، وإلَّا فلا . قال الحارِثِىُّ : فيُخَرَّجُ مِثْلُه هنا . قال : ومِنَ الأصحاب مَن أبَى الإلْحاقَ بمَسْأَلَةِ المُرابحَةِ . قال ابنُ عَقِيلٍ : عنْدِى أنَّ دَعْواه لا تُقْبَلُ ؛ لأنَّ مذهبَنا أنَّ الذَّرائِعَ مَحْسُومَةٌ ، وهذا فَتْحٌ لبابِ الاسْتِدْراكِ لكُلِّ قَوْلٍ يُوجِبُ حقًّا . ثم فرَّق بأنَّ المُرابحَةَ كان فيها أمِينًا ، حيثُ رُجِعَ إليه في الإخْبارِ بالثَّمَنِ ، وليس المُشْتَرِى أمِينًا للشَّفيعِ ، وإنَّما هو خَصْمُه ، فافْتَرَقا . وقال في « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وقيلَ : يتحالَفان ، ويُفْسَخُ البَيْعُ ، ويأْخُذُه بما حلَف عليه البائعُ لا المُشْتَرِى .

الشرح الكبير

أو كانا شَرِيكَيْن . فإن شَهِد أجْنَبِىٌّ بعَفْوِ أحَدِ الشَّفِيعَيْن ، [٥/١٣٩ و] واحْتِيجَ إلى يَمِينٍ معه قبلَ عَفْوِ الآخَرِ ، حَلَف ، وأخَذَ الكلَّ بالشُّفْعَةِ . وإن كان بعدَه ، حَلَف المُشْتَرِى ، وسَقَطَتِ الشُّفْعَةُ . وإن كانوا ثَلاثَةَ شُفَعاءَ ، فشَهِدَ اثْنانِ منهم على الثالِثِ بالعَفْوِ بعدَ عَفْوِهما ، قُبِلَتْ ، وإن شَهِدَا قبلَه رُدَّتْ . وإن شَهِدَا بعدَ عَفْوِ أحَدِهما وقبلَ عَفْوِ الآخَرِ ، رُدَّتْ شَهادَةُ غيرِ العافِى ، وقُبِلَتْ شَهادَةُ العافِى . وإن شَهِد البائِعُ بعَفْوِ الشَّفِيعِ عن شُفْعَتِه بعدَ قَبْضِ الثَّمَنِ ، قُبِلَتْ شَهادَتُه . وإن كان قبلَه ، قُبِلَتْ فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّهما سَواءٌ عندَه . والثانى ، لا تُقْبَلُ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يكونَ قصَد ذلك ليُسَهِّلَ اسْتيفاءَ الثَّمَنِ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ يَأْخُذُ الشِّقْصَ مِن الشَّفِيعِ ، فيَسْهُلُ عليه وَفاؤُه ، أو يَتَعَذَّرُ على المُشْتَرِى الوَفاءُ لفَلَسِه ، فيَسْتَحِقُّ اسْتِرْجاعَ المَبِيعِ . وإن شَهِد لمُكاتَبِه بعَفْوِ شفْعَتِه[1] ، أو شَهِدَ بشَراءِ شىءٍ لمُكاتَبِه فيه شفْعَةٌ ، لم تُقْبَلْ ؛ لأنَّ المُكاتَبَ عَبْدُه ، فلا تُقْبَلُ شَهادَتُه له ، كمُدَبَّرِه ، ولأنَّ ما يَحْصُلُ للمُكاتَبِ يَنتفِعُ به السَّيِّدُ ؛ لأنَّه إن عَجَز صارَ له ، وإن لم يَعْجِزْ ، سَهُلَ عليه وَفاؤُه . وإن شَهِدَ على مُكَاتَبِه بشىءٍ مِن ذلك ، قُبِلَتْ شَهادَتُه ؛ لأنَّه غيرُ مُتَّهَمٍ ، فأشْبَهَ الشَّهادَةَ على وَلَدِه .

الإنصاف ....

(١) كذا بالنسخ وفى بعض نسخ المغنى : « شفيعه » ، وفى بعضها : « شفعة » .

المقنع

وَإِنِ ادَّعَى أَنَّكَ اشْتَرَيْتَهُ بِأَلْفٍ ، قَالَ : بَلِ اتَّهَبْتُهُ . أَوْ : وَرِثْتُهُ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ . فَإِنْ نَكَلَ عَنْهَا ، أَوْ قَامَتْ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ ، فَلَهُ أَخْذُهُ ، وَيُقَالُ لِلْمُشْتَرِى : إِمَّا أَنْ تَقبلَ الثَّمَنَ ، وَإِمَّا أَنْ تُبْرِئَ مِنْهُ .

الشرح الكبير

٢٤٢٤ – مسألة : (وإنِ ادَّعَى أنَّك اشْتَرَيْتَه بأَلْفٍ ، قال : بل اتَّهَبْتُه . أو : وَرِثْتُه . فالقولُ قولُه مع يَمينِه . فإن نَكَل ، أو قامَتْ للشَّفِيع بَيِّنةٌ ، فله أخْذُه ، ويُقالُ للمُشْتَرِى : إمّا أن تَقْبَلَ الثَّمَنَ ، أو تُبْرِئَ منه) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه إذا ادَّعَى الشَّفِيعُ على بعضِ الشُّرَكاءِ أنَّك اشْتَرَيْتَ نَصِيبكَ ، فلِى أخْذُه بالشُّفْعَةِ ، فإنَّه يَحْتاجُ إلى تَحْرِيرِ دَعْواه ، فيُحَدِّدُ المَكانَ الذى فيه الشِّقْصُ ، ويَذْكُرُ قَدْرَ الشِّقْصِ والثَّمَنِ ، ويَدَّعِى الشُّفْعَةَ فيه ، فإذا ادَّعَى ، سُئِل المُدَّعَى عليه ، فإن أقَرَّ ، لَزِمَه ، وإن أنْكَرَ وقال : إنَّما اتَّهَبْتُه . أو : وَرِثْتُه ، فلا شُفْعَةَ لك فيه . فالقولُ قولُ مَن يَنْفِيه ، كما لو ادَّعَى عليه نَصِيبَه مِن غيرِ شُفْعَةٍ ، فإن حَلَف ، بَرِئَ ، وإن نَكَل ، قُضِىَ عليه . وإن قال : لا يَسْتَحِقُّ علىَّ شُفْعَةً . فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، ويكونُ

الإنصاف

قوله : وإنِ ادَّعَى أنَّك اشْتَرَيْتَه بأَلْفٍ ، فقالَ : بل اتَّهَبْتُه أو وَرِثْتُه . فالقَوْلُ قَوْلُه مع يَمينِه – بلا نِزاعٍ – فإنْ نكَل عنها ، أو قامَتْ للشَّفيعِ بَيِّنَةٌ ، فله أخْذُه ، ويُقالُ للمُشْتَرِى : إمَّا أنْ تقبَلَ الثَّمَنَ ، وإمَّا أنْ تُبْرِئَ منه . اعلمْ أنَّه إذا ادَّعَى الشَّفِيعُ على بعضِ الشُّركاءِ دَعْوَى مُحَرَّرَةً بأنَّه اشتَرَى نَصِيبَه ، فله أخْذُه بالشُّفْعَةِ ، وأنْكَرَ الشَّرِيكُ ، وقال : إنَّما اتَّهَبْتُه . أو : وَرِثْتُه . فالقَوْلُ قَوْلُه مع يَمِينِه ، فإنْ نكَل عن

الشرح الكبير

يَمينُه على حَسَبِ كونِه[1] فى الإنْكارِ ، وإذا نَكَل وقُضِىَ عليه بالشُّفْعَةِ ، عَرَض عليه الثَّمَنَ ، فإذا أخَذَه دَفَع إليه . وإن قال : لا أسْتَحِقُّه . ففيه [١٣٩/٥ ظ] ثلاثةُ أوْجُهٍ ؛ أحَدُها ، يُقَرُّ فى يَدِ الشَّفِيعِ إلى أن يَدَّعِيَه المُشْتَرِى ، فيُدْفَعَ إليه ، كما لو أقَرَّ له بدارٍ فأنْكَرَها . والثانى ، يأْخُذُه الحاكِمُ ، فيَحْفَظُه لصاحِبِه إلى أن يَدَّعِيَه ، ومتى ادَّعاهُ المُشْتَرِى ، دُفِعَ إليه . والثالثُ ، يُقالُ له : إمّا أن تَقْبِضَه ، وإمّا أن تُبْرِئَ منه . كسَيِّدِ المُكاتَبِ إذا جاءَه المُكاتَبُ بمالِ الكِتابَةِ ، فادَّعَى أنَّه حَرامٌ . اختارَه القاضِى . وهذا يُفارِقُ المُكاتَبَ ؛ لأنَّ سَيِّدَه يُطالِبُه بالوَفاءِ مِن غيرِ هذا الذى أتَاه به ، فلا يَلْزَمُه ذلك بمُجَرَّدِ دَعْوَى سَيِّدِه تَحْرِيمَ ما أتَاه به ، وهذا لا يُطالِبُ الشَّفِيعَ بشىءٍ ، فلا يَنْبَغِى أن يُكَلَّفَ الإِبْراءَ مِمّا لا[2] يَدَّعِيه . والوَجْهُ الأوَّلُ أوْلَى ، إن شاءَ اللهُ تَعالَى .

الإنصاف

اليَمِينِ ، أو قامَتْ بَيِّنَةٌ للشَّفِيعِ بالشِّراءِ ، فللشَّفِيعِ أخْذُه ودَفْعُ الثَّمَنِ إليه . فإنْ قال : لا أسْتَحِقُّه . فجزَم المُصَنِّفُ هنا ، أنْ يُقالَ للمُشْتَرِى : إمَّا أنْ تقْبَلَ الثَّمَنَ ، وإمَّا أنْ تُبْرِئَ منه ، كالمُكاتَبِ إذا جاءَ بالنَّجْمِ قبلَ وَقْتِه . وهذا أحدُ الوُجوهِ . اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، على ما يأْتِى قريبًا . وقيل : يَبْقَى فى يَدِ الشَّفيعِ إلى أنْ يدَّعِيَه المُشْتَرِى ، فيَدْفَعَه إليه . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وهذا أوْلَى . قال الحارِثِىُّ : ونقَل غيرُه أنَّه المذهبُ . وقيل : يأْخُذُه الحاكِمُ يحْفَظُه لصاحِبِه

---

(١) فى م : « قوله » .

(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

فصل : فإن قال : اشْتَرَيْتُه لفُلانٍ . وكان حاضِرًا ، اسْتَدْعاه الحاكِمُ وسَأَلَه ، فإن صَدَّقَه ، كان الشِّراءُ له والشُّفْعَةُ عليه . وإن قال : هذا مِلْكِى ، ولم أشْتَرِه . انْتَقلتِ الخُصُومَةُ إليه ، وإن كَذَّبَه ، حَكَم بالشِّراءِ لمَن اشْتَراه ، وأخَذَ منه بالشُّفْعَةِ . وإن كان المُقَرُّ له غائبًا ، أخَذَه الحاكِمُ ودَفَعَه إلى الشَّفِيعِ ، وكان الغائِبُ على حُجَّتِه إذا قَدِمَ ؛ لأنَّنا لو وَقَفْنا الأمْرَ فى الشُّفْعَةِ إلى حُضُورِ المُقَرِّ له ، كان فى ذلك إسْقاطُ الشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ كلَّ مُشْترٍ يَدَّعِى أنَّه لغائِبٍ . وإن قال : اشْتَرَيْتُه لابْنِى الطِّفْلِ . أو : لهذا الطِّفْلِ . وله عليه وِلايَةٌ ، لم تَثْبُتِ الشُّفْعَةُ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّ المِلْكَ ثَبَت للطِّفْلِ ، ولا تَجِبُ الشُّفْعَةُ بإقْرارِ الوَلِىِّ عليه ؛ لأنَّه إيجابُ حَقٍّ فى مالِ صَغِيرٍ بإقْرارِ وَلِيِّه . والثانى ، تَثْبُتُ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ الشِّراءَ له ، فصَحَّ إقْرارُه فيه ، كما يَصِحُّ إقْرارُه بعَيْبٍ فى مَبِيعِه . فأمَّا إنِ ادَّعَى عليه شُفْعَةً فى شِقْصٍ ، فقال : هذا لفُلانٍ الغائِبِ . أو : لفُلانٍ الطِّفْلِ . ثم أقَرَّ بشِرائِه له ، لم تَثْبُتْ فيه الشُّفْعَةُ ، إلَّا أن تَثْبُتَ ببَيِّنَةٍ ، أو يَقْدَمَ الغائِبُ ، ويَبْلُغَ الطِّفْلُ ، فيُطالِبَهما

الإنصاف

إلى أنْ يدَّعِيَه ، فمتى ادَّعاه المُشْتَرِى ، دفَع إليه . وأطْلَقَهُنَّ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وأطْلَقَ الأخِيرَتَيْن فى « التَّلْخيصِ » .

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ عندَ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، وصاحِبِ « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم ، حيثُ أصرَّ على الهِبَةِ أو الإرْثِ ، وقامَتْ بَيِّنَةٌ بالشِّراءِ . ومحَلُّ الخِلافِ عندَ صاحبِ « الرِّعايتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، على قَوْلِ القاضى ، فقَطَع هؤلاء بأنْ

الشرح الكبير

بها ؛ لأنَّ المِلْكَ ثَبَت لهما بإقْرارِه به ، وإقْرارُه بالشِّراءِ بعدَ ذلك إقْرارٌ فى مِلْكِ غيرِه ، فلا يُقْبَلُ ، بخِلافِ ما إذا أقَرَّ بالشِّراءِ ابْتِداءً ؛ لأنَّ المِلْكَ ثَبت لهما بذلك الإقْرارِ المُثْبِتِ للشُّفْعَةِ ، فَثَبَتا جَمِيعًا . وإن لم يَذْكُرْ سَبَبَ المِلْكِ ، لم يَسْأَلْه الحاكِمُ عنه ، ولم يُطالَبْ ببيانِه ؛ لأنَّه لو صَرَّحَ بالشِّراءِ لم تَثْبُتْ به شُفْعَةٌ ، فلا فائِدَةَ فى الكَشْفِ عنه . ومَذْهَبُ الشافعىِّ فى [٥/١٤٠ و] هذا الفَصْلِ كُلِّه كمَذْهَبِنا .

فصل : وإذا كانت دارٌ بينَ حاضِرٍ وغائِبٍ ، فادَّعَى الحاضِرُ على مَن فى يَدِه نَصِيبُ الغائِبِ أنَّه اشْتَراه منه ، وأنَّه يَسْتَحِقُّه بالشُّفْعَةِ ، فصَدَّقَه ، فللشَّفِيعِ أخْذُه بالشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ مَن فى يَدِه العَيْنُ يُصَدَّقُ فى تَصَرُّفِه فيما فى يَدِه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، وأصحابُه . ولأصحابِ الشافعىِّ فى ذلك وَجْهان ؛ أحَدُهما ، ليس له أخْذُه ؛ لأنَّ هذا إقْرارٌ على غيرِه . ولَنا ، أنَّه أقَرَّ بما فى يَدِه ، فقُبِلَ إقْرارُه ، كما لو أقَرَّ بأصْلِ مِلْكِه . وهكذا لو ادَّعَى عليه أنَّك بِعْتَ نَصِيبَ الغائِبِ بإذْنِه ، وأقَرَّ له الوَكِيلُ ، كان كإقْرارِ البائِعِ بالبَيْعِ . فإذا قَدِم الغائِبُ فأنْكَرَ البَيْعَ ، أو الإذْنَ فى البَيْعِ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، ويَنْتَزِعُ الشِّقْصَ ، ويُطالِبُ بأُجْرَتِه مَن شاءَ منهما ، ويَسْتَقِرُّ

الإنصاف

يُقالَ : إمَّا أنْ تَقبَلَ الثَّمَنَ أو تُبْرِئَ . فإنْ أبَى مِن ذلك ، فيأْتِى الخِلافُ ؛ وهو أنَّه هل يكونُ عندَ الشَّفيعِ أو الحاكِمِ ؟ فقدَّم فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » ، أنَّه يكونُ عندَ الشَّفيعِ . وقطَع ابنُ عَبْدُوسٍ ، أنَّه يكونُ عندَ الحاكِمِ يَحْفَظُه له .

الشرح الكبير

الضَّمانُ على الشَّفِيعِ ؛ لأنَّ المَنافِعَ تَلِفَتْ تحتَ يَدِه ؛ فإن طَالَبَ الوَكِيلَ ، رَجَع على الشَّفِيعِ ، وإن طالَبَ الشَّفِيعَ ، لم يَرْجِعْ على أحَدٍ . وإنِ ادَّعَى على الوَكِيلِ أنَّك اشْتَرَيْتَ الشِّقْصَ الذِى فى يَدِكَ ، فأنْكَرَ ، وقال : إنَّما أنا وَكِيلٌ فيه . أو : مُسْتَوْدَعٌ له . فالقولُ قولُه مع يَمِينِه . وإن كان للمُدَّعِى بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بها . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ ، مع أنَّ أبا حنيفةَ لا يَرَى القَضاءَ على الغائِبِ ؛ لأنَّ القَضاءَ ههُنا على الحاضِرِ ، لوُجُوبِ الشُّفْعَةِ عليه ، واسْتِحْقاقِه انْتِزاعَ الشِّقْصِ مِن يَدِه ، فحَصَلَ القَضاءُ على الغائِبِ ضِمْنًا . فإن لم تكُنْ بَيِّنَةٌ ، وطَلَب الشَّفِيعُ يَمِينَه[1] ، ونَكَل الشفيعُ[2] عنها ، احْتَمَلَ أن يَقْضِىَ عليه ؛ لأنَّه لو أقَرَّ لقَضَى عليه ، فكذلك إذا نكَل . واحْتَمَلَ أن لا يَقْضِىَ عليه ؛ لأنه قَضاءٌ على الغائِبِ بغيرِ بَيِّنَةٍ ولا إقْرارٍ مَنِ الشِّقْصُ فى يَدِه .

فصل : وإذا ادَّعَى على رجلٍ شُفْعَةً فى شِقْصٍ اشْتَراه ، فقال : ليس له مِلْكٌ فى شَرِكَتِى . فعلى الشَّفِيعِ إقامَةُ البَيِّنَةِ بالشَّرِكَةِ . وبه قال أبو حنيفةَ ، ومحمدٌ ، والشافعىُّ . وقال أبو يُوسُفَ : إذا كان فى يَدِه ، اسْتَحَقَّ الشُّفْعَةَ به ؛ لأنَّ الظاهِرَ مِن اليَدِ المِلْكُ . ولَنا ، أنَّ المِلْكَ لا يَثْبُتُ بمُجَرَّدِ اليَدِ ، وإذا لم يَثْبُتِ المِلْكُ الذى يَسْتَحِقُّ به الشُّفْعَةَ ، لم تَثْبُتْ ، ومُجَرَّدُ

الإنصاف ....

(١) فى م : « بينة » .

(٢) فى م : « الوكيل » .

الشرح الكبير

الظاهرِ لا يَكْفِى ، كما لو ادَّعَى وَلَدَ أمَةٍ فى يَدِه . فإنِ ادَّعَى أنَّ المُدَّعِىَ[1] يَعْلَمُ أنَّه شَرِيكٌ ، فعلى المُشْتَرِى اليَمِينُ أنَّه لا يَعْلَمُ ذلك ؛ لأنَّها يَمِينٌ على نَفْىِ فِعْلِ الغيرِ [٥/١٤٠ ظ] فكانت على العِلْمِ ، كاليَمِينِ على نَفْىِ دَيْنِ المَيِّتِ ، فإذا حَلَف ، سَقَطَتْ دَعْواه ، وإن نَكَل ، قُضِىَ عليه .

فصل : إذا ادَّعَى على شَرِيكِه ، أنَّك اشْتَرَيْتَ نَصِيبَكَ مِن عَمْرٍو ، فلِى شُفْعَتُه . فصَدَّقَه عَمْرٌو ، وأنْكَرَ الشَّرِيكُ ، وقال : بل وَرِثْتُه مِن أبى . فأقامَ المُدَّعِى بَيِّنَةً أنَّه كان مِلْكَ عَمْرٍو ، لم تَثْبُتِ الشُّفْعَةُ بذلك . وقال محمدٌ : تَثْبُتُ ، ويُقالُ له : إمّا أن تَدْفَعَه وتَأْخُذَ الثَّمَنَ ، وإمّا أن تَرُدَّه إلى البائعِ ، فيَأْخُذَه الشَّفِيعُ ؛ لأنَّهما شَهِدَا بالمِلْكِ لعَمْرٍو ، فكأنَّهما شَهِدَا بالبَيْعِ . ولَنا ، أنَّهما لم يَشْهَدَا بالبَيْعِ ، وإقْرارُ عَمْرٍو على المُنْكِرِ بالبَيْعِ لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّه إقْرارٌ على غيرِه ، فلا يُقْبَلُ فى حَقِّه ، ولا تُقْبَلُ شَهادَتُه عليه ، وليستِ الشُّفْعَةُ مِن حُقُوقِ العَقْدِ فيُقْبَلُ فيها قولُ البائعِ ، فصارَ بمَنْزِلَةِ ما لو حَلَف : أنِّى ما اشْتَرَيْتُ الدّارَ . فقال مَن كانتِ الدّارُ مِلْكَه : أنا بِعْتُه إيّاها . لم يُقْبَلْ عليه فى الحِنْثِ ، ولا يَلْزَمُ عليه[2] إذا أقَرَّ البائعُ بالبَيْعِ والشِّقْصُ فى يَدِه ، وأنْكَرَ المُشْتَرِى الشِّراءَ ؛ لأنَّ الذى فى يَدِه الدّارُ مُقِرٌّ بها للشَّفِيعِ ، ولا مُنازِعَ له[3] فيها سِوَاه ، وهٰهُنا مَن الدّارُ فى يَدِه يَدَّعِيها لنَفْسِه ، والمُقِرُّ

الإنصاف ....

(١) فى م : « المدعى عليه » .
(٢) سقط من : م .
(٣) سقط من : الأصل .

المقنع

وَإِنْ كَانَ عِوَضًا فِى الْخُلْعِ أَوِ النِّكَاحِ أَوْ عَنْ دَمِ عَمْدٍ ، فَقَالَ الْقَاضِى : يَأْخُذُهُ بِقِيمَتِهِ . وَقَالَ غَيْرُهُ : يَأْخُذُهُ بِالدِّيَةِ وَمَهْرِ الْمِثْلِ .

الشرح الكبير

بالبَيْعِ لا شىءَ فى يَدِه ، ولا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِ[1] الشِّقْصِ ، فافْتَرَقَا .

٢٤٢٥ – مسألة : (وإن كان عِوَضًا فى الخُلْعِ) والصَّداقِ والصُّلْحِ (عن دَمِ العَمْدِ) وقُلْنا بوُجُوبِ الشُّفْعَةِ فيه (فقال القاضى : يَأْخُذُه بقِيمَتِه) قال : وهو قِياسُ قولِ ابنِ حامِدٍ . وهو قولُ مالكٍ ، وابنِ شُبْرُمَةَ ، وابنِ أبى لَيْلَى ؛ لأنه مَلَكَ الشِّقْصَ القابِلَ للشُّفْعَةِ ببَدَلٍ ليس له مِثْلٌ ، فوَجَبَ الرُّجُوعُ إلى قِيمَتِه فى الأخْذِ بالشُّفْعَةِ ، كما لو باعَه بسِلْعَةٍ لا مِثْلَ لها ، ولأنَّنا لو أوْجَبْنا مَهْرَ المِثْلِ ، لأفْضَى إلى تَقْوِيمِ البُضْعِ على الأجانِبِ ، وأضَرَّ بالشَّفِيعِ ؛ لأنَّ المَهْرَ يَتَفاوَتُ مع المُسَمَّى ، لتَسامُحِ الناسِ فيه فى العادَةِ ، بخِلافِ البَيْعِ (وقال غيرُ القاضِى : يَأْخُذُه بالدِّيَةِ ومَهْرِ المِثْلِ) وحَكَاه الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ عن ابنِ حامدٍ . وهو قولُ

الإنصاف

قوله : وإنْ كانَ عِوَضًا فى الخُلْعِ ، أو النِّكاحِ ، أو عن دَمِ العَمْدِ ، فقال القاضى : يأْخُذُه بقِيمَتِه . قال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ : قِياسُ قَوْلِ ابنِ حامدٍ الأَخْذُ بقِيمَةِ الشِّقْصِ . وهو الصَّحيحُ . اخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، وصاحِبُ « الفائقِ » . وصحَّحه [٢/٢١٥و] فى « النَّظْمِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقطَع به فى « الهِدايَةِ » . وقال غيرُه :

---

(١) فى م : « تقسيم » .

المقنع

فَصْلٌ : وَلَا شُفْعَةَ فِى بَيْعِ الْخِيَارِ قَبْلَ انْقِضَائِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَجِبَ .

الشرح الكبير

العُكْلِىُّ ، والشافعىُّ ؛ لأنَّه مَلَكَ الشِّقْصَ ببَدَلٍ ليس له مِثْلٌ ، فيَجِبُ الرُّجُوعُ إلى قِيمَةِ البَدَلِ ، إذا لم يَكُنْ نَقْدًا ولا مِثْلِيًّا ، وعِوَضُ الشِّقْصِ هو البُضْعُ ، وقِيمَةُ البُضْعِ مَهْرُ المِثْلِ .

فصل : قال الشيخُ ، رَحِمَه اللهُ تَعالَى : (ولا شُفْعَةَ فى بَيْعِ الخِيَارِ قبلَ انقِضائِه . نَصَّ عليه . ويَحْتَمِلُ أن تَجِبَ) لا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ [٥/١٤١ و]

الإنصاف

يأْخُذُه بالدِّيَةِ ومَهْرِ المِثْلِ . اختارَه ابنُ حامِدٍ ، حَكاه عنه الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ وغيرُه . ومُقْتَضَى قَوْلِ المُصَنِّفِ أنَّ غيرَ القاضى مِنَ الأصحابِ قال ذلك . وفيه نظَرٌ . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » .

تنبيه : هذا الخِلافُ مُفَرَّعٌ على القَوْلِ بثُبوتِ الشُّفْعَةِ فى ذلك . وهو قَوْلُ ابنِ حامِدٍ ، وجماعةٍ ، على ما تقدَّم أوَّلَ الباب . وتقدَّم التَّنْبِيهُ أيضًا على الخِلافِ هناك ، وأمَّا على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، فلا يأْتِى الخِلافُ .

فائدة : تقْويمُ الشِّقْصِ ، أو تقْويمُ مُقابِلِه ، على كِلا الوَجْهَيْن ، مُعْتَبَرٌ فى المَهْرِ بيَوْمِ النِّكاحِ ، وفى الخُلْعِ بيَوْمِ البَيْنُونَةِ . وإنْ كان مُتْعَةً فى طَلاقٍ ، فعلى الأوَّلِ ، يأْخُذُ بقِيمَتِه . وعلى الثَّانى ، يأْخُذُ بمَهْرِ المِثْلِ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، كما فى الخُلْعِ به . قال الحارِثِىُّ : ويَحْتَمِلُ أنْ يأْخُذَ بمُتْعَةِ مِثْلِها . قال : وهو الأقْرَبُ .

قوله : ولا شُفْعَةَ فى بَيْعِ الخيارِ قبلَ انْقِضائِه ، نصَّ عليه . وهو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ »

الشرح الكبير

فى بَيْعِ الخِيارِ قبلَ انْقِضائِه ، سَواءٌ كان الخِيَارُ لهما أو لأحَدِهما وحدَه ، أيُّهما كان . وقال أبو الخطّاب : يَتخَرَّجُ أن تَثْبُتَ الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّ المِلْكَ انْتَقَلَ ، فَثَبَتَتِ الشُّفْعَةُ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، كما بعدَ انْقِضائِه . وقال أبو حنيفةَ : إن كان الخِيارُ للبائِعِ أو لهما ، لم تَثْبُتِ الشُّفْعَةُ حتى يَنْقَضِىَ ؛ لأنَّ فى الأخْذِ بها إسْقاطَ حَقِّ البائِعِ مِن الفَسْخِ ، وإلْزامَ البَيْعِ فى حَقِّه بغيرِ رِضَاه ، ولأنَّ الشَّفِيعَ إنَّما يَأْخُذُ مِن المُشْتَرِى و لم يَنْتَقِلِ المِلْكُ إليه ، وإن كان الخِيارُ للمُشْتَرِى ، فقد انْتَقَلَ المِلْكُ إليه ، ولا حَقَّ لغيرِه فيه ، والشَّفِيعُ يَمْلِكُ أخْذَه بعدَ لُزُومِ البَيْعِ واسْتِقْرارِ المِلْكِ ، فلأنْ يَمْلِكَ ذلك قبلَ لُزُومِه أوْلَى ، وغايةُ ما يُقَدَّرُ ثُبُوتُ الخِيَارِ له ، وذلك لا يَمْنَعُ الأخْذَ بالشُّفْعَةِ ،

الإنصاف

وغيرِه . قال فى « القواعِدِ » ، فى الفائدَةِ الرَّابعَةِ : وأمَّا الشُّفْعَةُ ، فلا تَثْبُتُ فى مُدَّةِ الخِيارِ على الرِّوايتَيْن ، عندَ أكثرِ الأصحابِ ، ونصَّ عليه فى رِوايةِ حَنْبَلٍ . فمِنَ الأصحابِ مَن علَّلَ بأنَّ المِلْكَ لم يسْتَقِرَّ . وعلَّلَ القاضى ، فى « خِلافِه » بأنَّ الأخْذَ بالشُّفْعَةِ يُسْقِطُ حقَّ البائعِ مِنَ الخِيارِ ، ولذلك لم تَجُزِ المُطالَبةُ فى مُدَّتِه . فعلى هذا ، لو كان الخِيارُ للمُشْتَرِى وحدَه ، ثبَتَتِ الشُّفْعَةُ . انتهى . ويَحْتَمِلُ أنْ تجِبَ مُطْلَقًا ، وهو تخريجٌ لأبى الخَطَّابِ . يعْنِى ، إذا قُلْنا بانْتِقالِ المِلْكِ . وقيلَ : تجِبُ فى خِيارِ الشَّرْطِ ، إذا كان الخِيارُ للمُشْتَرِى . وهو مُقْتَضَى تعْليلِ القاضى فى « خِلافِه » ، كما قالَه فى « الفوائِدِ » عنه . وتقدَّم ذلك فى الخِيارِ فى البَيْعِ ، بعدَ قوْلِه : وينْتَقِلُ المِلْكُ إلى المُشْتَرِى بنَفْسِ العَقْدِ .

فائدة : حُكْمُ خِيارِ المَجْلِسِ ، حُكْمُ خِيارِ الشَّرْطِ . قالَه فى « الفُروعِ » وغيرِه .

الشرح الكبير

كما لو وَجَد به عَيْبًا . وللشافعىِّ قَوْلان كالمَذْهَبَيْن . ولَنا ، أنَّه مَبِيعٌ فيه الخِيارُ ، فلم تَثْبُتْ فيه[1] الشُّفْعَةُ ، كما لو كان للبائعِ ؛ وذلك لأنَّ الأخْذَ بالشُّفْعَةِ يُلْزِمِ المُشْتَرِىَ بالعَقْدِ بغيرِ رِضَاه ، ويُوجِبُ العُهْدَةَ عليه ، ويُفوِّتُ حَقَّه مِن الرُّجُوعِ فى عَيْنِ الثَّمَنِ ، فلم يَجُزْ ، كما لو كان الخِيارُ للبائعِ ، فإنَّنا إنَّما مَنَعْنا مِن الشُّفْعَةِ لما فيه مِن إبْطالِ خِيارِ البائعِ ، وتَفْوِيتِ حَقِّ الرُّجُوعِ فى عينِ مالِه ، وهما فى نَظَرِ الشَّرْعِ على السَّواءِ . وفارَقَ الرَّدَّ بالعَيْبِ ؛ فإنَّه إنَّما ثَبَت لاسْتِدْراكِ الظُّلامَةِ ، وذلك يَزُولُ بأخْذِ الشَّفِيعِ ، فإن باعَ الشَّفِيعُ حِصَّتَه فى مُدَّةِ الخِيارِ عالِمًا ببَيْعِ الأوَّلِ ، سَقَطَتْ شُفْعَتُه ، وقد ذَكَرْنا ذلك فيما مَضَى .

فصل : وبَيْعُ المَرِيضِ كبَيْعِ الصَّحِيحِ فى الصِّحَّةِ ، وثُبُوتِ الشُّفْعَةِ ، وسائِرِ الأحْكامِ ، إذا باعَ بثَمَنِ المِثْلِ ، سَواءٌ كان لوارِثٍ أو غيرِ وارِثٍ . وبهذا قال الشافعىُّ ، وأبو يُوسُفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ بَيْعُ المَرِيضِ مَرَضَ المَوْتِ لوارِثِه ؛ لأنَّه مَحْجُورٌ عليه فى حَقِّه ، فلم يَصِحَّ بَيْعُه ، كالصَّبِىِّ . ولَنا ، أنَّه إنَّما حُجِرَ عليه فى التَّبَرُّعِ فى حَقِّه ، فلم يَمْنَعِ الصِّحَّةَ فيما سِوَاه ، كالأجْنَبِىِّ إذا لم يَزِدْ على التَّبَرُّعِ بالثُّلُثِ ؛ وذلك لأنَّ الحَجْرَ فى شىءٍ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ غيرِه ، كما أنَّ الحَجْرَ على المُرْتَهِنِ فى [٥/١٤١ ظ] الرَّهْنِ لا يَمْنَعُ التَّصرُّفَ فى غيرِه ، والحَجْرُ على المُفْلِسِ فى مالِه لا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فى ذِمَّتِه . فأمَّا بَيْعُه بالمُحاباةِ فلا

الإنصاف ....

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

يَخْلُو ؛ إمّاأن يكونَ لوارثٍ أو لغيرِه ، فإن كان لوارثٍ ، بَطَلَتِ المُحاباةُ ؛ لأنَّها فى المَرَضِ بمَنْزِلَةِ مُحاباةِ الوَصِيَّةِ ، (١والوَصِيَّةُ١) لِوارثٍ لا تَجُوزُ ، ويَبْطُلُ البَيْعُ فى قَدْرِ المُحاباةِ مِن المَبِيعِ . وهل يَصِحُّ فيما عَداهُ ؟ فيه ثلاثةُ أوْجُهٍ ؛ أحَدُها ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ (٢بَذَل الثَّمَنَ٢) فى كلِّ المَبِيعِ ، فلم يَصِحَّ فى بعضِه ، كما لو قال : بِعْتُكَ هذا الثَّوْبَ بعَشَرَةٍ . فقال : قَبِلْتُ البَيْعَ فى نِصْفِه . أو قال : قَبِلْتُه بخَمْسَةٍ . أو : قَبِلْتُ نِصْفَه بخَمْسَةٍ . ولأنَّه لا يُمْكِنُ تَصْحِيحُ البَيْعِ على الوَجْهِ الذى تَواجَبَا عليه ، فلم يَصِحَّ ، كتَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . الثانى ، أنَّه يَبْطُلُ البَيْعُ فى قَدْرِ المُحاباةِ ، ويَصِحُّ فيما يُقابِلُ الثَّمَنَ المُسَمَّى ، وللمُشْتَرِى الخِيارُ بينَ الأخْذِ والفَسْخِ ؛ لأنَّ الصَّفْقَةَ تَفَرَّقَتْ عليه ، وللشَّفِيعِ أخْذُ ما صَحَّ فيه البَيْعُ . وإنَّما قُلْنا بالصِّحَّةِ ؛ لأنَّ البُطْلانَ إنَّما جاءَ مِن المُحاباةِ ، فاخْتَصَّ بما قابَلَها . الثالثُ ، أنَّه يَصِحُّ فى الجَمِيعِ ، ويَقِفُ على إجازَةِ الوَرَثَةِ ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ للوارثِ صَحِيحَةٌ فى أصَحِّ الرِّوايَتَيْن ، وتَقِفُ على إجازَةِ الوَرَثَةِ ، فكذلك المُحاباةُ له ، فإن أجازُوا المُحاباةَ ، صَحَّ البَيْعُ فى الجَمِيعِ ، ولا خِيارَ للمُشْتَرِى ، ويَمْلِكُ الشَّفِيعُ الأخْذَ به ؛ لأنَّه يَأْخُذُ بالثَّمَنِ ، وإن رَدُّوا ، بَطَلَ البَيْعُ فى قَدْرِ المُحاباةِ ، وصَحَّ فيما بَقِىَ . ولا يَمْلِكُ الشَّفِيعُ الأخْذَ قبلَ إجازَةِ الوَرَثَةِ ورَدِّهم ؛ لأنَّ حَقَّهُم مُتَعَلِّقٌ بالمَبِيعِ(٣) ، فلم

الإنصاف ....

(١ - ١) فى م : « فى الوصية » .

(٢ - ٢) فى م : « أبرأ الضامن » .

(٣) فى م : « بالبيع » .

الشرح الكبير

يَمْلِكُ إبْطالَه ، وله أخْذُ ما صَحَّ البَيْعُ فيه ، فإنِ اخْتارَ المُشْتَرِى الرَّدَّ فى هذه الصُّورَةِ ، وفى التى قبلَها ، واخْتارَ الشَّفِيعُ الأخْذَ بالشُّفْعَةِ ، قُدِّمَ الشَّفِيعُ ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ على المُشْتَرِى ، وجَرَى مَجْرَى المَعِيبِ إذا رَضِيَه الشَّفِيعُ بعَيْبِه .

فصل : إذا كان المُشْتَرِى أجْنَبِيًّا ، والشَّفِيعُ أجْنَبِيًّا ، فإن لم تَزِدِ المُحاباةُ على الثُّلُثِ ، صَحَّ البَيْعُ ، وللشَّفِيعِ الأخْذُ بذلك الثَّمَنِ ؛ لأنَّ البَيْعَ حَصَل به ، فلا يَمْنَعُ منها كَوْنُ المَبِيعِ مُسْتَرْخَصًا ، فإن زادَتْ على الثُّلُثِ ، فالحُكْمُ فيه حُكْمُ أصْلِ المُحاباةِ فى حَقِّ الوارِثِ . وإن كان الشَّفِيعُ وارِثًا ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، له الأخْذُ [٥/١٤٢ و] بالشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ المُحاباةَ وَقَعَتْ لغيرِه ، فلم يَمْنَعْ منها تَمَكُّنُ الوارِثِ مِن أخْذِها ، كما لو وَهَب غَرِيمَ وارِثِه مالًا فأخَذَه الوارِثُ . والثانى ، يَصِحُّ البَيْعُ ، ولا تَجِبُ الشُّفْعَةُ . وهو قولُ أصحابِ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّنا لو أثْبَتْناهَا جَعَلْنا للمَوْرُوثِ سَبِيلًا إلى إثْباتِ حَقٍّ لوارِثِه فى المُحاباةِ ، ويُفارِقُ الهِبَةَ لغَرِيمِ الوارِثِ ؛ لأنَّ اسْتِحْقاقَ الوارِثِ الأخْذَ بدَيْنِه لا مِن جِهَةِ الهِبَةِ ، وهذا اسْتِحْقاقُه بالبَيْعِ الحاصِلِ مِن مَوْرُوثِه ، فافْتَرَقا . ولأصحابِ الشافعىِّ فى هذا خَمْسَةُ أوْجُهٍ ؛ وَجْهان كهَذَيْن . والثالثُ ، أنَّ البَيْعَ باطِلٌ مِن أصْلِه ؛ لإفْضائِه إلى إيصالِ المُحاباةِ إلى الوارِثِ . وهذا فاسِدٌ ؛ لأنَّ الشُّفْعَةَ فَرْعٌ للبَيْعِ ، ولا يُبْطِلُ الأصْلَ فَرْعُه . وعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، ما حَصَلَتْ للوارِثِ المُحاباةُ إنَّما حَصَلَتْ لغيرِه ، ووَصَلَتْ إليه بجِهَةِ الأخْذِ مِن المُشْتَرِى ، فأشْبَهَ هِبَةَ

الشرح الكبير

غَرِيمِ الوارِثِ . الوجهُ الرابعُ ، أنَّ للشَّفِيعِ أن يَأْخُذَ بقَدْرِ ما عَدَا المُحاباةَ بجَمِيعِ الثَّمَنِ ، بمَنْزِلَةِ هِبَةِ المُقابِلِ للمحُاباةِ ؛ لأنَّ المُحاباةَ بالنِّصْفِ مَثَلًا هِبَةٌ للنِّصْفِ . وهذا لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه لو كان بمَنْزِلَةِ هِبَةِ النِّصْفِ ، ما كان للشَّفِيعِ الأجْنَبِيِّ أخْذُ الكلِّ ؛ لأنَّ المَوْهُوبَ لا شُفْعَةَ فيه . الخامسُ ، أنَّ البَيْعَ يَبْطُلُ فى قَدْرِ المُحاباةِ . وهو فاسِدٌ ؛ لأنَّها مُحاباةٌ لأجْنَبِىٍّ بما دُونَ الثُّلُثِ ، فلا تَبْطُلُ ، كما لو لم يَكُنِ الشِّقْصُ مَشْفُوعًا .

فصل : ويَمْلِكُ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ بأخْذِه وبكلِّ لَفْظٍ يَدُلُّ على أخْذِه ، بأن يقولَ : قد أخَذْتُه بالثَّمَنِ . أو : تَمَلَّكْتُه بالثَّمَنِ . ونَحْوِ ذلك ، إذا كان الثَّمَنُ والشِّقْصُ مَعْلُومَيْن . ولا يَفْتَقِرُ إلى حُكْمِ حاكِمٍ . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال القاضى ، وأبو الخَطَّابِ : يَمْلِكُه بالمُطالَبَةِ ؛ لأنَّ البَيْعَ السابِقَ سَبَبٌ ، فإذا انْضَمَّتْ إليه المُطالَبَةُ ، كان كالإيجابِ فى البَيْعِ إذا انْضَمَّ إليه القَبُولُ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَحْصُلُ إلَّا بحُكْمِ حاكِمٍ ؛ لأنه نَقْلٌ للمِلْكِ عن مالِكِه إلى غيرِه قَهْرًا ، فافْتَقَرَ إلى حُكْمِ حاكِمٍ ، كأخْذِ دَيْنِه . ولَنا ، أنَّه حَقٌّ ثَبَت بالنَّصِّ والإجْماعِ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى حُكْمِ حاكِمٍ كالرَّدِّ بالعَيْبِ . وبهذا يَنْتَقِضُ ما ذَكَرُوه ، وبأخْذِ الزَّوْجِ نِصْفَ الصَّداقِ بالطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ ، ولأنَّه مالٌ يَتَمَلَّكُه قَهْرًا ، فمَلَكَه بالأخْذِ ، كالغَنائِمِ والمُباحاتِ ، ومَلَكَه باللَّفْظِ الدّالِّ على الأخْذِ ؛ لأنَّه بَيْعٌ فى الحَقِيقَةِ ، لكنَّ الشَّفِيعَ يَسْتَقِلُّ به ، فاسْتَقَلَّ باللَّفْظِ الدّالِّ عليه . [١٤٢/٥ ظ]

المقنع

وَإِنْ أَقَرَّ الْبَائِعُ بِالْبَيْعِ ، وَأَنْكَرَ الْمُشْتَرِى ، فَهَلْ تَجِبُ الشُّفْعَةُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

وقولُهم : يَمْلِكُ بالمُطالَبَةِ[1] بمُجَرَّدِها . لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّه لو مَلَك بها لما سَقطَتِ الشُّفْعَةُ بالعَفْوِ بعدَ المُطالَبَةِ ، ولَوَجَبَ إذا كان له شَفِيعان فطَلَبا الشُّفْعَةَ ثم تَرَك أحَدُهما ، أن يكونَ للآخَرِ أخْذُ قَدْرِ نَصِيبِه ، ولا يَمْلِكُ أخْذَ نَصِيبِ صاحِبِه . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّه إذا قال : قد أخَذْتُ الشِّقْصَ بالثَّمَنِ الذى تَمَّ عليه العَقْدُ . وهو عالِمٌ بقَدْرِه وبالمَبِيعِ ، صَحَّ الأَخْذُ ، ومَلَكَ الشِّقْصَ ، ولا خِيارَ له ، ولا للمُشْتَرِى ؛ لأنَّ الشِّقْصَ يُؤْخَذُ قَهْرًا ، والمَقْهُورُ لا خِيارَ له ، والآخِذُ قَهْرًا لا خِيارَ له أيضًا ، كمُسْتَرْجِعِ المَبِيعِ لعَيْبٍ فى ثَمَنِه ، أو الثَّمَنِ لعَيْبٍ فى المَبِيعِ . وإن كان الثَّمَنُ مَجْهُولًا أو الشِّقْصُ ، لم يَمْلِكْه بذلك ؛ لأَنَّه بَيْعٌ فى الحَقِيقَةِ ، فيُعْتَبَرُ العِلْمُ بالعِوَضِ ، كسائِرِ البُيُوعِ ، وله المُطالَبَةُ بالشُّفْعَةِ ، ثم يَتَعَرَّفُ مِقْدارَ الثَّمَنِ مِن المُشْتَرِى أو مِن غيرِه ، والمَبِيعَ ، فيَأْخُذُه بثَمَنِه . ويَحْتَمِلُ أنَّ له الأَخْذَ مع جَهالَةِ الشِّقْصِ ، بِناءً على بَيْعِ الغائِبِ .

٢٤٢٦ – مسألة : (وإن أقَرَّ البائِعُ بالبَيْعِ ، وأنْكَرَ المُشْتَرِى ، فهل تَجِبُ الشُّفْعَةُ ؟ على وَجْهَيْنِ) أحَدُهما ، تَجِبُ الشُّفْعَةُ . وهو قولُ أبى

الإنصاف

قوله : وإنْ أَقَرَّ البائعُ بالبَيْعِ ، وأَنْكَرَ المُشْتَرِى ، فهل تجِبُ الشُّفْعَةُ ؟ على وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ،

---

(١) فى م : « المطالبة » .

الشرح الكبير

حنيفةَ ، والمُزَنِىِّ . والثانى ، لا تَجِبُ . ونَصَرَه الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ فى « مَسائِلِه » . وهو قولُ مالكٍ ، وابنِ شُرَيْحٍ ؛ لأنَّ الشُّفْعَةَ فَرْعٌ للبَيْعِ ، ولم يَثْبُتْ ، فلا يَثْبُتُ فَرْعُه ، ولأنَّ الشَّفِيعَ إنَّما يَأْخُذُ الشِّقْصَ مِن المُشْتَرِى ، وإذا أنْكَرَ البَيْعَ لم يُمْكِنِ الأخْذُ منه . ووَجْهُ الأوَّلِ أنَّ البائِعَ أقَرَّ بحَقَّيْن ، حَقٌّ للشَّفِيعِ وحَقٌّ للمُشْتَرِى ، فإذا سَقَطَ حَقُّ المُشْتَرِى بإنْكارِه ، ثَبَت حَقُّ الشَّفِيعِ ، كما لو أقَرَّ بدارٍ لرَجُلَيْن فأنْكَرَ أحَدُهما ، ولأنَّه أقَرَّ للشَّفِيعِ أنَّه مُسْتَحِقٌّ لأخْذِ هذه الدّارِ ، والشَّفِيعُ يَدَّعِى ذلك ، فوَجَبَ [١٤٣/٥ و] قَبُولُه ، كما لو أقَرَّ أنَّها مِلْكُهُ . فعلى هذا ، يَقْبِضُ الشَّفِيعُ مِن البائِعِ ، ويُسَلِّمُ إليه الثَّمَنَ ، ويكونُ دَرَكُ الشَّفِيعِ على البائِعِ ؛ لأنَّ القَبْضَ منه ، ولم يَثْبُتِ الشِّراءُ فى حَقِّ المُشْتَرِى . وليس للشَّفِيعِ ولا للبائِعِ مُحاكَمَةُ المُشْتَرِى ليَثْبُتَ البَيْعُ فى حَقِّه ، وتكونَ العُهْدَةُ عليه ؛ لأنَّ مَقْصُودَ

الإنصاف

و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الفائقِ » ؛ أحدُهما ، تجِبُ . وهو المذهبُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » ، ونصَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . واخْتارَه القاضى ، وابنُه ، وابنُ عَقِيلٍ ، وابنُ بَكْروسٍ ، واختارَه أبو الخَطَّابِ ، وابنُ الزَّاغُونِىِّ . قال فى « المُسْتَوْعِبِ »[(١)] : هذا قِياسُ المذهبِ ، ذكَرَه شُيوخُنا الأوائِلُ . قال : ولأنَّ أصحابَنا قالوا : إذا اخْتلَفَ البائِعُ والمُشْتَرِى فى الثَّمَنِ ، تَحالَفا ، وفُسِخَ البَيْعُ ، وأخَذَه الشَّفيعُ بما حلَف عليه البائِعُ . فأثْبَتُوا الشُّفْعَةَ مع بُطْلانِ البَيْعِ فى حقِّ المُشْتَرِى . انتهى . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « التَّلْخيصِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى

---

(١) فى ط : « المبسوط » .

الشرح الكبير

البائِعِ الثَّمَنُ ، وقد حَصَل مِن الشَّفِيعِ ، ومَقْصُودَ الشَّفِيعِ أخْذُ الشِّقْصِ وضَمانُ العُهْدَةِ ، وقد حَصَل مِن البائِع ، فلا فائِدَةَ فى المُحاكَمَةِ . فإن قِيلَ : أليس لو ادَّعَى على رجُلٍ دَيْنًا ، فقال آخَرُ : أنا أدْفَعُ إليك الدَّيْنَ الذى تَدَّعِيه ، ولا تُخاصِمْه . لا يَلْزَمُه قَبُولُه ، فهَلَّا قُلْتُم هٰهُنا كذلك ؟ قُلْنا : فى الدَّيْنِ عليه مِنَّةٌ فى قَبُولِه مِن غيرِ غَرِيمِه ، وهٰهُنا بخِلافِه ، ولأنَّ البائِعَ يَدَّعِى أنَّ الثَّمَنَ الذى يَدْفَعُه الشَّفِيعُ حَقٌّ للمُشْتَرِى عِوَضًا عن هذا المَبِيعِ[1] ، فصار كالنّائِبِ عن المُشْتَرِى فى دَفْعِ الثَّمَنِ ، والبائِعُ كالنّائِبِ عنه فى دَفْعِ الشِّقْصِ ، بخِلافِ الدَّيْنِ ، فإن كان البائِعُ مُقِرًّا بقَبْضِ الثَّمَنِ مِن المُشْتَرِى ، بَقِىَ الثَّمَنُ الذى على الشَّفِيعِ لا يَدَّعِيه أحَدٌ ؛ لأنَّ البائِعَ يقولُ : هو للمُشْتَرِى . والمُشْتَرِى يقولُ : لا أسْتَحِقُّه . ففيه

الإنصاف

الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، لاتجِبُ . اخْتارَه الشَّرِيفان ؛ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو القاسِمِ الزَّيْدِىُّ . قال فى « التَّلْخِيصِ » : اخْتارَه جماعَةٌ مِنَ الأصحابِ . قال الحارِثِىُّ : وهذا أقْوَى . فعلى المذهبِ ، يَقْبِضُ الشَّفِيعُ مِنَ البائعِ . وأمَّا الثَّمَنُ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أنْ يُقِرَّ البائعُ بقَبْضِه ، أوْ لا ، فإنْ لم يُقِرَّ بقَبْضِه ، فإنَّه يُسْلَمُ إلى البائعِ ، والعُهْدَةُ عليه ، ولا عُهْدَةَ على المُشْتَرِى . قالَه الأصحابُ ؛ منهم القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » ، والمُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الوَجيزِ » ، والزَّرْكَشِىُّ ، وغيرُهم . قال الحارِثِىُّ : وهذا يقْتَضِى تلَقِّىَ المِلْكِ عنه ، وهو مُشْكِلٌ . وكذا أخْذُ البائعِ للثَّمَنِ مُشْكِلٌ ؛ لاعْتِرافِه بعدَمِ اسْتِحْقاقِه عليه . ثم قال القاضى ، وابنُ

(١) فى م : « البيع » .

الشرح الكبير

ثلاثةُ أوْجُهٍ ؛ أحَدُها ، أن يُقالَ للمُشْتَرِى : إمّا أن تَقْبِضَه ، وإمّا أن تُبْرِئَ منه . والثانى ، يَأْخُذُه الحاكِمُ عندَه . والثالثُ ، يَبْقَى فى ذِمَّةِ الشَّفِيعِ . وفى جَمِيعِ ذلك مَتَى ادَّعاه البائعُ أو المُشْتَرِى ، دُفِعَ إليه ؛ لأنَّه لأحَدِهما . وإن تَداعَياه جَمِيعًا ، فأقَرَّ المُشْتَرِى بالبَيْعِ ، وأنْكَرَ البائعُ أنَّه ما قَبَض منه شيئًا ، فهو للمُشْتَرِى ؛ لأنَّ البائعَ قد أقَرَّ له به ، ولأنَّ البائعَ إذا أنْكَرَ القَبْضَ ، لم يَكُنْ مُدَّعِيًا لهذا الثَّمَنِ ؛ لأنَّ البائعَ لا يَسْتَحِقُّ على الشَّفِيعِ ثَمَنًا ، إنَّما يَسْتَحِقُّه على المُشْتَرِى ، وقد أقَرَّ بالقَبْضِ منه ، وأمّا المُشْتَرِى فإنَّه يَدَّعِيه ، وقد أقَرَّ له باسْتِحْقاقِه ، فوَجَبَ دَفْعُه إليه .

الإنصاف

عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، وجماعَةٌ : ليس للشَّفيعِ ولا للبائعِ مُحاكَمَةُ المُشْتَرِى ؛ لِيُثْبِتَ البَيْعَ فى حقِّه ، وتجِبَ العُهْدَةُ عليه ؛ لأنَّ مقْصُودَ البائعِ الثَّمَنُ ، وقد حصَل مِنَ الشَّفيعِ ، ومَقْصودَ الشَّفيعِ أخْذُ الشِّقْصِ ، وضَمانُ العُهْدَةِ ، وقد حصَلا مِنَ البائعِ ، فلا فائدَةَ فى المُحاكَمَةِ . انتهى . وقد حكَى فى « التَّلْخيصِ » وغيرِه وَجْهًا ، بأنَّه يدْفَعُ إلى نائبٍ يُنَصِّبُه الحاكِمُ عنِ المُشْتَرِى . قال : وهو مُشْكِلٌ ؛ لأنَّ إقامَةَ نائبٍ عن مُنْكِرٍ بعيدٌ . انتهى . وإنْ كان البائعُ مُقِرًّا بقَبْضِ الثَّمَنِ مِنَ المُشْتَرِى ، و[(1)] بَقِىَ الثَّمَنُ على الشَّفيعِ لايدَّعِيه أحدٌ ، ففيه ثَلاثَةُ أوْجُهٍ ؛ أحدُها ، يُقالُ للمُشْتَرِى[(2)] : إمَّا أنْ تقْبِضَه ، وإمَّا أنْ تُبْرِئَ منه . قِياسًا على نُجومِ الكِتابَةِ إذا قال السَّيِّدُ : هى غَصْبٌ . اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وجزَم به فى « النَّظْمِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، يَبْقَى فى ذِمَّةِ الشَّفيعِ . قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ،

---

(1) سقط من : الأصل ، ط .
(2) سقط من : ط .

المقنع

وَعُهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الْمُشْتَرِى ، وَعُهْدَةُ الْمُشْتَرِى عَلَى الْبَائِعِ .

الشرح الكبير

٢٤٢٧ - مسألة : (وعُهْدَةُ الشَّفِيعِ على المُشْتَرِى ، وعُهْدَةُ المُشْتَرِى على البائِعِ) إذا أخَذَ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ ، فظَهَر [٥/١٤٣ ظ] مُسْتَحَقًّا ، فرُجُوعُه بالثَّمَنِ على المُشْتَرِى ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى على البائِعِ . وإن وَجَدَه مَعِيبًا فله رَدُّه على المُشْتَرِى ، أو أخْذُ أرْشِه منه ، والمُشْتَرِى يَرُدُّ على البائِعِ ، أو يَأْخُذُ الأرْشَ منه ، سَواءٌ قَبَض الشِّقْصَ مِن المُشْتَرِى أو مِن البائِعِ . وبه قال الشافعىُّ . وقال ابنُ أبى لَيْلَى ، والبَتِّىُّ : عُهْدَةُ الشَّفِيعِ على البائِعِ ؛ لأنَّ الحَقَّ ثَبَت له بإيجابِ البائِعِ ، فكان رُجُوعُه عليه ، كالمُشْتَرِى . وقال أبو حنيفةَ : إن أخَذَه مِن المُشْتَرِى فالعُهْدَةُ

الإنصاف

و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . والوَجْهُ الثالِثُ ، يأْخُذُه الحاكِمُ عندَه . وهى كالمَسْألَةِ التى قبلَها ، حُكْمًا وخِلافًا . وأطْلَقهُنَّ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما : وفى جميعِ ذلك ، متى ادَّعاه [٢/٢١٥ظ] البائعُ أو المُشْتَرِى ، دُفِعَ إليه ؛ لأنَّه لأحَدِهما . قال الحارِثِىُّ : وفيه نظَرٌ وبَحْثٌ . وإن ادَّعَياه جميعًا ، وأقَرَّ المُشْتَرِى بالبَيْعِ ، وأنْكَرَ البائعُ القَبْضَ ، فهو للمُشْتَرِى .

فائدة : قولُه : وعُهْدَةُ الشَّفيعِ على المُشْتَرِى ، وعُهْدَةُ المُشْتَرِى على البائعِ . وهذا بلا نِزاعٍ . لكِنْ يُسْتَثْنَى مِن ذلك ، إذا أقَرَّ البائعُ بالبَيْعِ ، وأنْكَرَ المُشْتَرِى ، وقُلْنا بثُبوتِ الشُّفْعَةِ ، على ما تقدَّم ، فإنَّ العُهْدَةَ على البائعِ ؛ لحُصُولِ المِلْكِ له مِن جِهَتِه . قالَه الزَّرْكَشِىُّ ، وهو واضِحٌ . و « العُهْدَةُ » فُعْلَةٌ مِنَ العَهْدِ ، وهى

الشرح الكبير

عليه ، وإن أخَذَه مِن البائعِ فالعُهْدَةُ عليه ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ إذا أخَذه مِن البائعِ ، تَعذَّرَ قَبْضُ المُشْتَرِى ، فيَنْفَسِخُ البَيْعُ بينَ البائعِ والمُشْتَرِى ، فكأنَّ الشَّفِيعَ أخَذَه مِن البائعِ مالِكًا مِن جِهَتِه ، فكانت عُهْدَتُه عليه . ولَنا ، أنَّ الشُّفْعَةَ مُسْتَحَقَّةٌ بعدَ الشِّراءِ وحُصُولِ المِلْكِ للمُشْتَرِى ، ثم يَزُولُ المِلْكُ مِن المُشْتَرِى إلى الشَّفِيعِ بالثَّمَنِ ، فكانتِ العُهْدَةُ عليه ، كما لو أخَذَه منه ببَيْعٍ ، ولأنَّه مَلَكَه مِن جِهَةِ المُشْتَرِى بالثَّمَنِ ، فمَلَكَ رَدَّه عليه بالعَيْبِ ، كالمُشْتَرِى فى البَيْعِ الأوَّلِ . وقِياسُه على المُشْتَرِى فى جَعْلِ عُهْدَتِه على البائعِ ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ مَلَكَه مِن البائعِ ، بخِلافِ الشَّفِيعِ . وأمّا إذا أخَذَه مِن البائعِ ، فالبائعُ نائِبٌ عن المُشْتَرِى فى التَّسْلِيمِ المُسْتَحَقِّ عليه . ولو انْفَسَخَ العَقْدُ بينَ المُشْتَرِى والبائعِ ، بَطَلَتِ الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّها اسْتُحِقَّتْ به .

الإنصاف

فى الأَصْلِ كِتابُ الشِّراءِ . وتقدَّم الكَلامُ على ضَمانِ العُهْدَةِ ، وعلى مَعْناها فى بابِ الضَّمانِ . والمُرادُ هنا ، رُجُوعُ مَنِ انْتقلَ المِلْكُ إليه على مَنِ انْتقَلَ عنه بالثَّمَنِ أو بالأَرْشِ ، عندَ اسْتِحْقاقِ الشِّقْصِ أو عَيْبِه ، فيكونُ وَثِيقَةً للبَيْعِ لازِمَةً للمُتَلَقَّى عنه ، فيَكونُ عُهْدَةً بهذا الاعْتِبارِ . فلو عَلِمَ المُشْتَرِى العَيْبَ عندَ البَيْعِ ، ولم يعْلَمْه الشَّفِيعُ عندَ الأَخْذِ ، فلا شيءَ للمُشْتَرِى ، وللشَّفيعِ الرَّدُّ وأخْذُ الأَرْشِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وذكَر المُصَنِّفُ وَجْهًا بانْتِفاءِ الأَرْشِ . وإنْ عَلِمَه الشَّفِيعُ ، ولم يعْلَمْه المُشْتَرِى ، فلا رَدَّ لواحدٍ منهما ولا أَرْشَ . قدَّمه الحارِثِىُّ . وفى « الشَّرْحِ » وَجْهٌ بأنَّ المُشْتَرِىَ يأْخُذُ الأَرْشَ . وهو ما قال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والسَّامَرِّىُّ . فعليه ، إنْ أخَذَه ، سقَط عنِ الشَّفيعِ ما قابَلَه مِنَ الثَّمَنِ ؛ تَحقِيقًا

الشرح الكبير

فصل : وحُكْمُ الشَّفِيعِ فى الرَّدِّ بالعَيْبِ ، حُكْمُ المُشْتَرِى مِن المُشْتَرِى ، فإن عَلِمَ المُشْتَرِى بالعَيْبِ ، ولم يَعْلَمِ الشَّفِيعُ ، فللشَّفِيعِ رَدُّه على المُشْتَرِى ، أو أخْذُ أرْشِه منه ، وليس للمُشْتَرِى شىءٌ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ الشَّفِيعُ أخذَ الأرْشِ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ بالثَّمَنِ الذى اسْتَقَرَّ عليه العَقْدُ ، فإذا أخَذَ الأرْشَ ، فما أخَذَه بالثَّمَنِ الذى اسْتَقَرَّ على المُشْتَرِى . وإن عَلِمَ الشَّفِيعُ وحدَه ، فليس لواحِدٍ منهما رَدٌّ ولا أرْشٌ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ أخَذَه عالِمًا بعيبِه فلم يَثْبُتْ له رَدٌّ ولا أرْشٌ ، كالمُشْتَرِى إذا عَلِم العَيْبَ ، والمُشْتَرِى قد اسْتَغْنَى عن الرَّدِّ [٥/١٤٤ و] لزَوالِ مِلْكِه عن المَبِيعِ ، وحُصُولِ الثَّمَنِ له مِن الشَّفِيعِ ، ولم يَمْلِكِ الأرْشَ ؛ لأنه اسْتَدْرَكَ ظُلامَتَه ، ورَجَع إليه جَمِيعُ الثَّمَنِ ، فأشْبَهَ ما لو رَدَّه على البائِعِ . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ أخذَ الأرْشِ ؛ لأنه بَدَلٌ عن الجُزْءِ الفائِتِ مِن المَبِيعِ ، فلم يَسْقُطْ بزَوالِ مِلْكِه عن المَبِيعِ ، كما لو اشْتَرَى قَفِيزَيْن فتَلِفَ أحَدُهما وأخَذَ الآخرَ . فعلى هذا ، ما يَأْخُذُه مِن الأرْشِ يَسْقُطُ عن الشَّفِيعِ مِن الثَّمَنِ بقَدْرِه ؛ لأنَّ الشِّقْصَ يَجِبُ عليه بالثَّمَنِ الذى اسْتَقَرَّ عليه العَقْدُ ، فأشْبَهَ ما لو أخذَ

الإنصاف

لمُماثَلَةِ الثَّمَنِ الذى اسْتَقَرَّ العَقْدُ عليه . وإنْ عَلِماه ، فلا رَدَّ لواحدٍ منهما ولا أَرْشَ . وفى صُورَةِ عدَمِ عِلْمِهما ، إنْ لم يَرُدَّ الشَّفِيعُ ، فلا ردَّ للمُشْتَرِى ، وإنْ أخذ الشَّفِيعُ أرْشَه مِنَ المُشْتَرِى ، أخَذَه المُشْتَرِى مِنَ البائعِ ، وإنْ لم يأْخُذْه الشَّفيعُ ، ففى أخْذِ المُشْتَرِى الوَجْهان . وعلى الوَجْهِ بالأخْذِ ، إنْ لم يُسْقِطْه الشَّفِيعُ عنِ المُشْتَرِى ، سقَط عنه بقَدْرِه مِنَ الثَّمَنِ ، وإنْ أسْقَطَه ، توَفَّر على المُشْتَرِى .

الشرح الكبير

الأَرْشَ قبلَ أَخْذِ الشَّفِيعِ منه . وإن عَلِمَا جميعًا ، فليس لواحِدٍ منهما رَدٌّ ولا أَرْشٌ ؛ لأَنَّ كلَّ واحِدٍ منهما دَخَل على بَصِيرَةٍ ، ورَضِىَ ببَذْلِ الثَّمَنِ فيه بهذه الصِّفَةِ . وإن لم يَعْلَمَا ، فللشَّفِيعِ رَدُّه على المُشْتَرِى ، وللمُشْتَرِى رَدُّه على البائِعِ ، فإن لم يَرُدَّه الشَّفِيعُ ، فلا رَدَّ للمُشْتَرِى ؛ لِما ذَكَرْنا أَوَّلًا . وإن أَخَذَ الشَّفِيعُ أَرْشَه مِن المُشْتَرِى ، فللمُشْتَرِى أَخْذُه مِن البائِعِ . وإن لم يَأْخُذْ منه شيئًا ، فلا شيءَ للمُشْتَرِى . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ أَخْذَه على الوَجْهِ الذى ذَكَرْناه . فإذا أَخذَه ، فإن كان الشَّفِيعُ لم يُسْقِطْه عن المُشْتَرِى ، سَقَط عنه مِن الثَّمَنِ بقَدْرِه ؛ لأَنَّه الثَّمَنُ الذى اسْتَقَرَّ عليه البَيْعُ ، وسُكُوتُه لا يُسْقِطُ حَقَّه ، وإن أَسْقَطَه عن المُشْتَرِى ، تَوَفَّرَ عليه ، كما لو زادَه على الثَّمَنِ باخْتِيارِه . فأمَّا إنِ اشْتَراه بالبَراءَةِ مِن كلِّ عَيْبٍ ، فالصَّحِيحُ مِن[1] المَذْهَبِ ، أنَّه لا يَبْرَأُ ، وحُكْمُه حُكْمُ مالو لم يَشْتَرِطْ . وفيه رِوايَةٌ أُخْرَى ، أنَّه يَبْرَأُ ، إلَّا أن يكونَ البائِعُ عَلِم بالعَيْبِ فدَلَّسه واشْتَرَطَ البَراءَةَ . فعلى هذه الروايةِ ، إن عَلِم الشَّفِيعُ باشْتِراطِ البَراءَةِ ، فحُكْمُه حُكْمُ المُشْتَرِى ؛ لأَنَّه دَخَل على شِرائِه ، فصار [2]كمُشْتَرٍ ثانٍ اشْتَرطَ[2] البَراءَةَ ، وإن لم يَعْلَمْ ذلك ، فحُكْمُه كما[3] ما لو عَلِمَه المُشْتَرِى دُونَ الشَّفِيعِ .

الإنصاف ....

(١) فى م : « فى » .
(٢ - ٢) فى م : « كمشتريين اشترطا » .
(٣) فى م : « حكم ما » .

المقنع

فَإِنْ أَبَى الْمُشْتَرِى قَبْضَ الْمَبِيعِ ، أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنْ يَأْخُذَهُ الشَّفِيعُ مِنْ يَدِ الْبَائِعِ .

الشرح الكبير

٢٤٢٨ - مسألة : (وإن أبى المُشْتَرِى قَبْضَ المَبِيعِ ، أَجْبَرَه الحاكِمُ عليه) ثم يَأْخُذه الشَّفِيعُ منه . قالَه القاضِى ، قال : وليس له أخْذه مِن البائِع . وهذا أحَدُ الوَجْهَيْن لأصحاب الشافعىِّ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ يَشْتَرِى الشِّقْصَ مِن [٥/١٤٤ ظ] المُشْتَرِى ، فلا يَأْخُذه مِن غيرِه . وبَنَوْا ذلك على أنَّ البَيْعَ لايَتِمُّ إلَّا بالقَبْضِ ، فإذا فاتَ القَبْضُ ، بَطَل العَقْدُ ، وسَقَطَتِ الشُّفْعَةُ (وقال أبو الخَطّابِ : قِياسُ المَذْهَبِ أن يَأْخُذَه الشَّفِيعُ مِن يَدِ البائِعِ) ويكونُ كأخْذِه مِن المُشْتَرِى . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ العَقْدَ يَلْزَمُ فى بَيْعِ العَقارِ قبلَ قَبْضِه ، ويَدْخُلُ المَبِيعُ فى مِلْكِ المُشْتَرِى وضَمانِه ، ويَجُوزُ له التَّصَرُّفُ فيه بنَفْسِ العَقْدِ ، فصارَ كما لو قَبَضَه المُشْتَرِى . واللهُ أعْلَمُ .

الإنصاف

قوله : فإنْ أَبَى المُشْتَرِى قَبْضَ المَبيعِ ، أَجْبَرَه الحاكِمُ عليه . وهو المذهبُ . اخْتارَه القاضى ، وابنُه أبو الحُسَيْنِ ، والشَّرِيفان ؛ أبو جَعْفَرٍ ، والزَّيْدِىُّ ، والقاضى يَعْقُوبُ ، والشِّيرازِىُّ ، وأبو الحَسَنِ ابنُ بَكْروسٍ ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . وقال أبو الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » : قِياسُ المذهبِ ، أنْ يأْخُذَه الشَّفِيعُ مِن يَدِ البائعِ . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، وقال : هو قِياسُ المذهبِ . قال الحارِثِىُّ : وهو الأصحُّ ؛ لأنَّ الأصحَّ أو المَشْهورَ لُزُومُ العَقْدِ فى بَيْعِ العَقارِ قبلَ قَبْضِه ، وجَوازُ

المقنع وَإِذَا وَرِثَ اثْنَانِ شِقْصًا عَنْ أَبِيهِمَا ، فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ ، فَالشُّفْعَةُ بَيْنَ أَخِيهِ وَشَرِيكِ أَبِيهِ .

الشرح الكبير **٢٤٢٩** – مسألة : (ولو وَرِثَ اثْنان شِقْصًا عن أبيهما ، فباعَ أحَدُهما نَصِيبَه ، فالشُّفْعَةُ بينَ أخِيه وشَرِيكِ أبيه) وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ فى الجَدِيدِ . وقال فى القَدِيمِ : الأخُ أحَقُّ بالشُّفْعَةِ . وبه قال مالكٌ ؛ لأنَّ أخاه أخَصُّ بشَرِكَتِه مِن شَرِيكِ أبيه ، لاشْتِراكِهِما فى سَبَبِ المِلْكِ . ولَنا ، أنَّهما شَرِيكان حالَ ثُبُوتِ الشُّفْعَةِ ، فكانت بينَهما ، كما لو مَلَكُوا كلُّهم بسَببٍ واحِدٍ ، ولأنَّ الشُّفْعَةَ ثَبَتَتْ لدَفْعِ ضَرَرِ الشَّرِيكِ الدّاخِلِ على شُرَكائِه بسَبَبِ شَرِكَتِه ، وهو مَوْجُودٌ فى حَقِّ الكلِّ ، وما ذَكَرُوه لا أصْلَ له ، ولم يَثْبُتِ اعْتِبارُ الشَّرْعِ له فى مَوْضِعٍ ، والاعْتِبارُ بالشَّرِكَةِ لا بسَبَبِها . وهكذا لو اشْتَرَى رجلٌ نِصْفَ دارٍ ثم اشْتَرَى اثْنانِ نِصْفَها الآخَرَ ، أو وَرِثاه ، أو اتَّهَباه ، أو وَصَلَ إليهما بسَبَبٍ مِن أسْبابِ المِلْكِ ، فباعَ أحَدُهما نَصِيبَه ، أو وَرِثَ ثلاثةٌ دارًا فباعَ أحَدُهُم نَصِيبَه مِن اثْنَين ، ثم باعَ أحَدُ الشَّرِيكَيْن نَصِيبَه ، فالشُّفْعَةُ بينَ جَمِيعِ الشُّرَكاءِ . وكذلك لو ماتَ رجلٌ وخَلَّف ابْنَين وأُخْتَيْن ، فباعَتْ إحْدَى البِنْتَيْن نَصِيبَها ، أو إحدى الأُخْتَيْن ، فالشُّفْعَةُ بينَ جَمِيعِ الشُّرَكاءِ . ولو ماتَ رجلٌ وتَرَك ثَلاثَةَ بَنِينَ وأرْضًا ، فماتَ أحَدُهُم عن ابْنَيْن ، فباعَ أحَدُ العَمَّيْن نَصِيبَه ، فالشُّفْعَةُ بينَ أخِيه وابْنَىْ

الإنصاف التَّصَرُّفِ فيه بنَفْسِ العَقْدِ ، والدُّخولُ فى ضَمانِه به . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » .

وَلَا شُفْعَةَ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ .

أخِيه . ولو خَلَّف ابْنَيْن (١ وأوْصَى ١) بثُلُثِه لاثْنَيْن ، فباعَ أحدُ(٢) الوَصِيَّيْن ، أو أحَدُ الابْنَيْن ، فالشُّفْعَةُ بينَ شُرَكائِه كلِّهم . ولمُخالِفِينا فى هذه المسائلِ اخْتِلافٌ يَطُولُ [٥/١٤٥ و] ذِكْرُه .

٢٤٣٠ – مسألة : (ولا شُفْعَةَ لكافِرٍ على مُسْلِمٍ) رُوِىَ ذلك عن الحَسَنِ ، والشَّعْبِىِّ . وقال الثَّوْرِىُّ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، وجَماعَةٌ مِن أهلِ العِلْمِ : تَجِبُ له الشُّفْعَةُ ؛ لعُمُومِ قولِه عليه السلامُ : « لَا يَحِلُّ لَهُ أنْ يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَه ، وَإنْ بَاعَهُ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ ، فَهُوَ أحَقُّ بِهِ »(٣) . ولأنَّه خِيارٌ ثابتٌ لدَفْعِ الضَّرَرِ بالشِّراءِ ، فاسْتَوَى فيه المُسْلِمُ والكافِرُ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ . ولَنا ، ما روَى الدَّارَقُطْنِىُّ ، فى كِتابِ « العِلَلِ » ، بإسْنادِه عن أنسٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَا شُفْعَةَ

قوله : ولا شُفْعَةَ لكافِرٍ على مُسْلِمٍ . نصَّ عليه مِن وُجوهٍ كثيرةٍ . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وقيل : له الشُّفْعَةُ . ذكَرَه ناظِمُ المُفْرَداتِ .

تنبيه : مَفْهومُ كلامِ المُصَنِّفِ ، ثُبوتُ الشُّفْعَةِ لكافِرٍ على كافِرٍ ؛ وسواءٌ كان البائِعُ مُسْلِمًا أو كافِرًا . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرِهم . وقدَّمه

(١ – ١) فى م : « أو وصى » .
(٢) بعده فى م : « الشريكين » .
(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٥٧ .

الشرح الكبير

لِنَصْرَانِيٌّ »[1] . وهذا يَخُصُّ عُمُومَ ما احْتَجُّوا به . ولأنَّه مَعْنًى يَخْتَصُّ العَقارَ ، فأشْبَهَ الاسْتِعلاءَ فى البُنْيانِ ، يُحَقِّقُه أنَّ الشُّفْعَةَ إنَّما تَثْبُتُ للمُسْلِمِ دَفْعًا للضَّرَرِ عن مِلْكِه ، وقُدِّمَ دَفْعُ ضَرَرِه على دَفْعِ ضَرَرِ المُشْتَرِى ، ولا يَلْزَمُ مِن تَقْدِيمِ دَفْعِ ضَرَرِ المُسْلِمِ على المُسْلِمِ تَقْدِيمُ دَفْعِ ضَرَرِ الذِّمِّىِّ ، فإنَّ حَقَّ المُسْلِمِ أرْجَحُ ، ورِعايَتَه أوْلَى ، ولأنَّ ثُبوتَ الشُّفْعَةِ فى مَحَلِّ الإِجْماعِ على خِلافِ الأصْلِ ، رِعايَةً لحَقِّ الشَّرِيكِ المسلمِ ، وليس الذِّمِّىُّ فى مَعْنَى المسلمِ ، فيَبْقَى فيه على مُقْتَضَى الأصْلِ . وتَثْبُتُ الشُّفْعَةُ للمسلمِ على الذِّمِّىِّ ؛ لعُمُومِ الأدِلَّةِ ، ولأنَّها إذا ثَبَتَتْ للمسلمِ على المسلمِ مع عِظَمِ حُرْمَتِه ، فلأنْ تَثْبُتَ على الذِّمِّىِّ مع دَنَاءَتِه أوْلَى .

الإنصاف

فى « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ الحارِثِىِّ » ، وغيرِهما . قال فى « التَّلْخيصِ » : هذا قِياسُ المذهبِ . وقيل : لا شُفْعَةَ له ، إذا كان البائِعُ مُسْلِمًا . وهو ظاهِرُ كلامِ أبِى الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » . وأطْلَقَهما فى « التَّلْخيصِ » ، و « الرِّعايَةِ » . ومَفْهومُ كلامِه أيضًا ، ثُبُوتُها للمُسْلِمِ على الكافرِ . وهو مِن بابِ أوْلَى .

فائدة : لو تَبايَعَ كافِران بخَمْرٍ ، وأخَذ الشَّفِيعُ بذلك ، لم يُنْقَضْ مافعَلُوه ، وإنْ جرَى التَّقابُضُ بينَ المُتَبايِعَيْن دُونَ الشَّفيعِ ، وتَرافَعُوا إلينا ، فلا شُفْعَةَ له ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، كما لو تَبايَعا بخِنْزِيرٍ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقال أبو الخَطَّابِ : إنْ تَبايَعُوا بخَمْرٍ ، وقُلْنا : هى مالٌ لهم . حكَمْنا له بالشُّفْعَةِ . وتقدَّمَ التَّنْبِيهُ على بعضِ ذلك قبلَ قوْلِه : وإنِ اخْتَلَفا فى قَدْرِ الثَّمَنِ .

---

(١) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى ٦/١٠٨ ، ١٠٩ . وصوب أنه من قول الحسن البصرى . وكذلك الدارقطنى . وانظر إرواء الغليل ٥/٣٧٤ .

الشرح الكبير

فصل : وتَثْبُتُ للذِّمِّىِّ على الذِّمِّىِّ ؛ لعُمُومِ الأخْبارِ ، ولأنَّهما تَساوَيَا فى الدِّينِ ، فتَثْبُتُ لأحَدِهما على الآخَرِ ، كالمُسْلِمَيْن . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا . فإن تَبايَعُوا بخَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ ، وأخَذَ الشَّفِيعُ بذلك ، لم يُنْقَضْ ما فعلُوه . وإن جَرَى التَّقابُضُ بينَ المُتَبايِعَيْن دُونَ الشَّفِيعِ ، وتَرافَعُوا إلينا ، لم نَحْكُمْ له بالشُّفْعَةِ . وبه قال الشافعىُّ . وقال أبو الخَطَّابِ : إن تَبايَعُوا بخَمْرٍ ، وقُلْنا : هى مالٌ لهم . حَكَمْنا له(1) بالشُّفْعَةِ . وقال أبو حنيفةَ : تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ إذا كان الثَّمَنُ خَمْرًا ؛ لأنَّها مالٌ لهم ، فأشْبَهَ ما لو تَبايَعُوا بدَراهِمَ ، لكنْ إن كان الشَّفِيعُ ذِمِّيًّا ، أخَذَه بمِثْلِه ، وإن كان مُسْلِمًا ، أخَذَه بقِيمَةِ الخَمْرِ . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ بخَمْرٍ ، فلم تَثْبُتْ فيه الشُّفْعَةُ ، كما لو كان بينَ مُسْلِمَيْن [١٤٥/٥ ظ] ولأنَّه عَقْدٌ بثَمَنٍ مُحَرَّمٍ ، أشْبَهَ البَيْعَ بالخِنْزِيرِ والمَيْتَةِ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ الخَمْرَ مالٌ لهم(2) ؛ فإنَّ اللهَ تعالَى حَرَّمَه كما حَرَّمَ الخِنْزِيرَ ، واعْتِقادُهُم حِلَّه لا يَجْعَلُه مالًا ، كالخِنْزِيرِ ، وإنَّما لم يُنْقَضْ عَقْدُهُم إذا تَقابَضُوا ؛ لأنَّنا لا نَتَعَرَّضُ لما فَعَلُوه مِمّا يَعْتَقِدُونَه فى دِينِهم ما لم يَتَحاكَمُوا إلينا قبلَ تَمامِه ، ولو تَحاكَمُوا إلينا قبلَ التَّقابُضِ لَفَسَخْناه . فأمّا أهْلُ البِدَعِ فتَثْبُتُ الشُّفْعَةُ لمَن حَكَمْنا بإسْلامِه منهم ، كالفاسِقِ بالأفْعالِ ؛ لعُمُومِ الأدِلَّةِ التى ذَكَرْناها . ورَوَى حَرْبٌ عن أحمدَ ، أنَّه سُئِلَ عن أصحابِ البِدَعِ ، هل لهم شُفْعَةٌ ؟ وذُكِرَ له عن ابنِ إدْرِيسَ أنَّه قال :

الإنصاف ....

(1) فى م : « لهم » .
(2) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

ليس للرّافِضَةِ شُفْعَةٌ ؟ فضَحِكَ ، وقال : أراد أن يُخْرِجَهُم مِن الإسْلامِ . فظاهِرُ هذا أنَّه أثْبَتَ لهم الشُّفْعَةَ ، وهذا مَحْمُولٌ على غيرِ الغُلاةِ منهم ، فأمّا الغُلاةُ ، كالمُعْتَقِدِ أنَّ جِبْرِيلَ غَلِطَ فى الرِّسَالَةِ فجاءَ إلى النبىِّ ﷺ ، وإنَّما أُرْسِلَ إلى علىٍّ ، ونحوِه ، ومَن حُكِمَ بكُفْرِه مِن الدُّعاةِ إلى القَوْلِ بخَلْقِ القرآنِ ، فلا شُفْعَةَ له ؛ لأنَّ الشُّفْعَةَ إذا لم تَثْبُتْ للذِّمِّىِّ الذى يُقَرُّ على كُفْرِه ، فغيرُه أوْلَى .

فصل : وتَثْبُتُ الشُّفْعَةُ للبَدَوِىِّ على القَرَوِىِّ ، وللقَرَوِىِّ على البَدَوِىِّ ، فى قولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . وقال الشَّعْبِىُّ ، والبَتِّىُّ : لا شُفْعَةَ لمَن لم يَسْكُنِ المِصْرَ . وعُمُومُ الأدِلَّةِ واشْتِراكُهما فى المَعْنَى المُقْتَضِى لوُجُوبِ الشُّفْعَةِ يَدُلُّ على ثُبُوتِها لهم .

فصل : قال أحمدُ ، فى رِوايَةِ حَنْبَلٍ : لا نَرَى فى أرْضِ السَّوادِ شُفْعَةً ؛ لأنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وَقَفَها على المُسْلِمِينَ ، فلا يَجُوزُ بَيْعُها ، والشُّفْعَةُ إنَّما تكونُ فى البَيْعِ . وكذلك الحُكْمُ فى سائِرِ الأرْضِ التى وَقَفَها عمرُ ، وهى التى فُتِحَتْ عَنْوَةً فى زَمَنِه ولم يَقْسِمْها ، كأرْضِ الشّامِ ومِصْرَ . وكذلك كلُّ أرْضٍ فُتِحَتْ عَنْوَةً ولم تُقْسَمْ بينَ الغانِمِينَ ، إلَّا أن يَحْكُمَ بِبَيْعِها حاكِمٌ ، أو يَفْعَلَه الإمامُ أو نائِبُه ، فإن فَعَل ذلك ثَبَتَتْ فيه الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّه فَصْلٌ مُخْتَلَفٌ فيه ، ومتى حَكَم الحاكِمُ فى المُخْتَلَفِ فيه بشىءٍ ، نَفَذ حُكْمُه .

المقنع

وَهَلْ تَجِبُ الشُّفْعَةُ لِلْمُضَارِبِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ، أَوْ لِرَبِّ الْمَالِ عَلَى الْمُضَارِبِ فِيمَا يَشْتَرِيهِ لِلْمُضَارَبَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٢٤٣١ - مسألة : [١٤٦/٥ و] (وهل تَجِبُ الشُّفْعَةُ للمُضارِبِ على رَبِّ المالِ ، أو لرَبِّ المالِ على المُضارِبِ فيما يَشْتَرِيه مِن مالِ المُضارَبَةِ ؟ على وَجْهَيْن) إذا بِيعَ شِقْصٌ فى شَرِكَةِ مالِ المُضارَبَةِ ، فللعامِلِ الأخْذُ بها إذا كان الحَظُّ فيها ، فإن تَرَكَها فلرَبِّ المالِ الأخْذُ ؛ لأنَّ مالَ المُضارَبَةِ مِلْكُه ، ولا يَنْفُذُ عَفْوُ العامِلِ ؛ لأنَّ المِلْكَ لغيرِه ، فلم يَنْفُذْ عَفْوُه ، كالمَأْذُونِ له . فإنِ اشْتَرَى المُضارِبُ بمالِ المُضارَبَةِ شِقْصًا فى شَرِكَةِ رَبِّ المالِ ، فهل لرَبِّ المالِ فيه شُفْعَةٌ ؟ على وَجْهَيْن مَبْنِيَّيْن على شِراءِ رَبِّ المالِ مِن مالِ المُضارَبَةِ ، وقد ذَكَرْناهُما . وإن كان المُضارِبُ شَفِيعَه ، ولا رِبْحَ فى المالِ ، فله الأخْذُ بها ؛ لأنَّ المِلْكَ لغيرِه . وإن كان فيه رِبْحٌ ، وقُلْنا : لا يَمْلِكُ بالظُّهورِ . فكذلك . وإن قُلْنا : يَمْلِكُ بالظُّهورِ . ففيه وَجْهان ، كرَبِّ المالِ . ومَذْهَبُ الشافعىِّ فى هذا كلِّه على ما ذَكَرْنا . فإن باعَ المُضارِبُ شِقْصًا فى شَرِكَتِه ، لم يَكُنْ له أخْذُه بالشُّفْعَةِ ؛ لأنَّه مُتَّهَمٌ ، فأشْبَهَ شِراءَه مِن نَفْسِه .

الإنصاف

قوله : وهل تجِبُ الشُّفْعَةُ للمُضارِبِ على رَبِّ المالِ ، أو لرَبِّ المالِ على المضارِبِ فيما يَشْتَرِيه للمُضارَبَةِ ؟ على وَجْهَين . ذكَر المُصَنِّفُ هنا مَسْألَتَيْن ؛ إحْداهما ، هل تجِبُ الشُّفْعَةُ للمُضارِبِ على ربِّ المالِ ، أمْ لا ؟ مِثالُه ؛ أنْ يكونَ للمُضارِبِ شِقْصٌ فيما تجِبُ فيه الشُّفْعَةُ ، ثم يَشْتَرِىَ مِن مالِ المُضارَبَةِ شِقْصًا مِن شَرِكَةِ

الشرح الكبير

فصل : إذا كانت دارٌ بينَ ثَلاثَةٍ ، فقارَضَ واحِدٌ منهم أحَدَ شَرِيكَيْه بألْفٍ ، فاشْتَرَى به نِصْفَ نَصِيبِ الثالثِ ، لم تَثْبُتْ فيه شُفْعَةٌ فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّ أحَدَ الشَّرِيكَيْن رَبُّ المالِ ، والآخَرَ العامِلُ ، فهما كالشَّرِيكَيْن فى المَتاعِ ، فلا يَسْتَحِقُّ أحَدُهما على الآخَرِ شُفْعَةً . وإن باعَ الثالِثُ باقِىَ نَصِيبِه لأجْنَبِىٍّ ، كانتِ الشُّفْعَةُ مُسْتَحَقَّةً بينَهم أخْماسًا ، لِرَبِّ المالِ خُمْساها[1] ، وللعامِلِ مِثْلُه ، ولمالِ[2] المُضارَبَةِ خُمْسُها بالسُّدْسِ الذى له ، فيُجْعَلُ مالُ المُضارَبَةِ كشَرِيكٍ آخَرَ ؛ لأنَّ حُكْمَه مُتَمَيِّزٌ عن مالِ كلِّ واحِدٍ منهما .

الإنصاف

المُضارِبِ ، فهل تجبُ للمُضارِبِ شُفْعَةٌ فيما اشْتَراه مِن مالِ المُضارَبَةِ ؟ أطْلَقَ المُصَنِّفُ فيه وَجْهَيْن ، وأطْلَقَهما تخْرِيجًا فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخيصِ » ؛ أحدُهما ، لا تجبُ الشُّفْعَةُ له . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . صحَّحه فى « الخُلاصَةِ » ، و « التَّصْحيحِ » . واخْتارَه أبو الخَطَّابِ فى « رُءوسِ المَسائلِ » ، وأبو المَعالِى فى « النِّهايَةِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، تجبُ . خرَّجه أبو الخَطَّابِ مِن وُجوبِ الزَّكاةِ عليه فى حِصَّتِه . قال الحارِثِىُّ : وهو الأَوْلَى . قال ابنُ رَجَبٍ فى « القواعِدِ » ، بعدَ تخْرِيجِ أبِى الخَطَّابِ : فالمَسْألَةُ مُقَيَّدَةٌ بحالَةِ ظُهورِ الرِّبْحِ ، ولابُدَّ . انتهى . واعلمْ أنَّ فى محَلِّ الخِلافِ طَرِيقَين للأصحابِ ؛ أحدُهما ، أنَّهما جارِيان ؛ سواءٌ ظهَر رِبْحٌ أمْ لا ؛ وسواءٌ قُلْنا : يَمْلِكُ المُضارِبُ حِصَّتَه بالظُّهورِ . [٢/٢١٦و] أمْ لا . وهى طَرِيقَةُ

---

(١) فى الأصل : « خمساه » .

(٢) فى م : « لرب » .

الشرح الكبير

فصل : فإن كانتِ الدّارُ بينَ ثَلاثَةٍ أثْلاثًا ، فاشْتَرَى أجْنَبِيٌّ نَصِيبَ أحَدِهِم ، فطالَبَه أحَدُ الشَّرِيكَيْن بالشُّفْعَةِ ، فقال : إنَّما اشْتَرَيْتُه لشَرِيكِك . لم تُؤَثِّرْ هذه الدَّعْوَى فى قَدْرِ ما يَسْتَحِقُّ مِن الشُّفْعَةِ ، فإنَّ الشُّفْعَةَ بينَ الشَّرِيكَيْن نِصْفَيْن ، سَواءٌ اشْتَراها الأجْنَبِيُّ لنَفْسِه أو للشَّرِيكِ الآخرِ . وإن تَرَكَ المُطالِبُ بالشُّفْعَةِ حَقَّه منها بناءً على هذا القولِ ، ثم تَبَيَّنَ كَذِبُه ، لم تَسْقُطْ شُفْعَتُه . وإن أخَذَ نِصْفَ المَبِيعِ لذلك[1] ، ثم تَبَيَّنَ كَذِبُ المُشْتَرِى ، وعَفَا الشَّرِيكُ [٥/١٤٦ ظ] عن شُفْعَتِه ، فله أخْذُ نَصِيبِه مِن الشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ اقْتِصارَه على أخْذِ النِّصْفِ انْبَنَى على خَبَرِ المُشْتَرِى ، فلم يُؤَثِّرْ فى إسْقاطِ الشُّفْعَةِ ، واسْتَحَقَّ أخْذَ الباقِي لعَفْوِ شَرِيكِه عنه . وإنِ امْتَنَعَ مِن أخذِ الباقِي سَقَطَتْ شُفْعَتُه كلُّها ؛ لأنَّه لايَمْلِكُ تَبْعِيضَ صَفْقَةِ المُشْتَرِى . ويَحْتَمِلُ أن لا يَسْقُطَ حَقُّه مِن النِّصْفِ الذى أخَذَه ، ولا يَبْطُلُ أخْذُه له ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ أقَرَّ بما تَضَمَّنَ اسْتِحْقاقَه لذلك ، فلا يَبْطُلُ برُجُوعِه عن إقْرارِه . وإن أنْكَرَ الشَّرِيكُ كَوْنَ الشِّراءِ له ، وعَفَا عن شُفْعَتِه ، وأصَرَّ المُشْتَرِى على الإقْرارِ للشَّرِيكِ به ، فللشَّفِيعِ أخْذُ الكُلِّ ؛ لأنَّه لا مُنازِعَ له فى اسْتِحْقاقِه ، وله الاقْتِصارُ على النِّصْفِ ، لإقْرارِ المُشْتَرِى له باسْتِحْقاقِ ذلك .

الإنصاف

أبِى الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » ، وصاحِبِ « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « التَّلْخيصِ » ، والمُصَنِّفِ هنا ، وغيرِهم . وقدَّمَها

---

(١) فى م : « كذلك » .

الشرح الكبير

فصل : فإن قال أحَدُ الشَّريكَيْن للمُشْتَرِى : شِراؤُكَ باطِلٌ . وقال الآخَرُ : هو صَحِيحٌ . فالشُّفْعَةُ كلُّها للمُعْتَرِفِ بالصِّحّةِ . وكذلك إن قال : ما اشْتَرَيْتُه ، إنَّما اتَّهَبْتُه . وصَدَّقَه الآخَرُ أنّه اشْتَراه ، فالشُّفْعَةُ للمُصَدِّقِ بالشِّراءِ ؛ لأنَّ شَرِيكَه مُسْقِطٌ لحَقِّه باعْتِرافِه أنّه لا بَيْعَ ، أو لا بَيْعَ صَحِيحٌ . ولو احْتالَ المُشْتَرِى على إسْقاطِ الشُّفْعَةِ بحِيلَةٍ لا تُسْقِطُها ، فقال أحَدُ الشَّفِيعَيْن : قد سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ . تَوَفَّرَتْ على الآخَرِ ؛ لاعْتِرافِ صاحِبِه بسُقُوطِها . ولو تَوَكَّلَ أحَدُ الشَّفِيعَيْن فى البَيْعِ أو الشِّراءِ ، أو ضَمِن عُهْدَةَ المَبِيعِ ، أو عَفَا عن الشُّفْعَةِ قبلَ البَيْعِ ، وقال : لا شُفْعَةَ لى ؛ لذلك . تَوَفَّرَتْ على الآخَرِ . وإنِ اعْتَقَدَ أنَّ له شُفْعَةً ، وطالَبَ بها ، فارْتَفعا إلى حاكِمٍ ، فحَكَمَ بأنّه لا شُفْعَةَ له ، تَوَفَّرَتْ على الآخَرِ ؛ لأنَّها سَقَطَتْ بحُكْمِ الحاكِمِ ، فأشْبَهَ ما لو سَقَطَتْ بإسْقاطِ المُسْتَحِقِّ .

الإنصاف

الحارِثِىُّ . الطَّرِيقُ الثَّانى ، وهى طَرِيقَةُ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، والنَّاظِمِ ، وجماعَةٍ ؛ إنْ لم يَظْهَرْ رِبْحٌ فى المالِ ، أو كان فيه رِبْحٌ ، وقُلْنا : لا يَمْلِكُه بالظُّهورِ ، فله الأَخْذُ بالشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ المِلْكَ لغيرِه ، فله الأَخْذُ منه . وإنْ كان فيه رِبْحٌ ، وقُلْنا : يَمْلِكُه بالظُّهورِ . ففى وُجُوبِ الشُّفْعَةِ له وَجْهان ؛ بِناءً على شِراءِ العامِلِ مِن مالِ المُضارَبَةِ بعدَ مِلْكِه مِنَ الرِّبْحِ ، على ماسبَق فى المُضارَبَةِ ، بعدَ قَوْلِه : وليس لرَبِّ المالِ أنْ يشْتَرِىَ مِن مالِ المُضارَبَةِ شيئًا . وصحَّح هذه الطَّرِيقةَ فى « الفُروعِ » ، وقدَّم عدَمَ الأخْذِ ، ذكَر ذلك فى بابِ المُضارَبَةِ . المَسْأَلَةُ الثَّانيةُ ، هل تجِبُ الشُّفْعَةُ لرَبِّ المالِ على المُضارِبِ فيما يشْتَرِيه للمُضارَبَةِ ؟ مِثالُه ؛ أنْ يشْتَرِىَ المُضارِبُ بمالِ المُضارَبَةِ شِقْصًا فى شرِكَةِ ربِّ المالِ ، فأطْلَقَ المُصَنِّفُ فيه وَجْهَيْن ، وأطْلَقَهما

الشرح الكبير

فصل : إذا ادَّعَى رجلٌ على آخرَ ثُلُثَ دارٍ ، فأنْكَرَه ، ثم صالَحَه عن دَعْواه بثُلُثِ دارٍ أُخرَى ، صَحَّ ، ووَجَبَتِ الشُّفْعَةُ فى الثُّلُثِ المصالَحِ به ؛ لأنَّ المُدَّعِىَ يَزْعُمُ أنَّه مُحِقٌّ فى دَعْواه ، وأنَّ ما أخَذَه عِوَضٌ عن الثُّلُثِ الذى ادَّعاه ، فلَزِمَه حُكْمُ دَعْواه ، ووَجَبَتِ الشُّفْعَةُ ، ولا شُفْعَةَ على المُنْكِرِ فى الثُّلُثِ [٥/١٤٧ و] المُصالَحِ عنه ؛ لأنَّه يَزْعُمُ أنَّه على مِلْكِه لم يَزُلْ ، وإنَّما دَفَع ثُلُثَ دارِه إلى المُدَّعِى اكْتِفاءً لشَرِّه ودَفْعًا لضَرَرِ الخُصُومَةِ واليَمينِ عن نَفْسِه ، فلم تَلْزَمْه فيه شُفْعَةٌ . وإن قال المُنْكِرُ للمُدَّعِى : خُذِ الثُّلُثَ الذى تَدَّعِيه بثُلُثِ دارِكَ . ففَعَلَ ، فلا شُفْعَةَ على المُدَّعِى فيما أخَذَه ، وعلى المُنْكِرِ الشُّفْعَةُ فى الثُّلُثِ الذى يَأْخُذُه ؛ لأنَّه يَزْعُمُ أنَّه أخَذَه عِوَضًا عن مِلْكِه الثابتِ له . وقال أصحابُ الشافعىِّ : تَجِبُ الشُّفْعَةُ فى الثُّلُثِ الذى أخذه المُدَّعِى أيضًا ؛ لأنَّها مُعاوَضَةٌ مِن الجانِبَيْن بشِقْصَيْن ، فوَجَبَتِ الشُّفْعَةُ فيهما ، كما لو كانت بينَ مُقِرَّيْن . ولَنا ، أنَّ المُدَّعِىَ يَزْعُمُ أنَّ ما أخَذَه كان مِلْكًا له قبلَ الصُّلْحِ ، و لم يَتَجَدَّدْ له عليه مِلْكٌ ، وإنَّما اسْتَنْقَذَه بصُلْحِه ، فلم تَجِبْ فيه شُفْعَةٌ ، كما لو أقَرَّ له به .

الإنصاف

فى « الهدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « التَّلْخِيصِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الحارِثِىِّ » ؛ أحدُهما ، لا تجبُ الشُّفْعَةُ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . صحَّحه أبو المَعالِى فى « نِهايَتِه » ، و « خُلاصَتِه » ، والنَّاظِمُ ، وصاحِبُ « التَّصْحيحِ » ، وغيرُهم . قال الحارِثِىُّ : اخْتارَه القاضى ، وأبو الخَطَّابِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، ذكَرَه فى المُضارَبَةِ . والوَجْهُ الثَّانى ،

الشرح الكبير

فصل : إذا كانت دارٌ بينَ ثلاثةٍ أثْلاثًا ، فاشْتَرَى أحدُهُم نَصِيبَ أحَدِ شَرِيكَيْه ، ثم باعَه لأجْنَبِيٍّ ، ثم عَلِم شَرِيكُه ، فله أن يَأْخُذَ بالعَقْدَيْن ، وله الأخْذُ بأحَدِهما ؛ لأنَّه شَرِيكٌ فيهما . فإن أخَذَ بالعَقْدِ الثانى أخَذَ جَمِيعَ ما فى يَدِ مُشْتَرِيه ؛ لأنَّه لا شَرِيكَ له فى شُفْعَتِه . وإن أخَذَ بالعَقْدِ الأوَّلِ ، ولم يَأْخُذْ بالثَّانى ، أَخَذَ نِصْفَ المَبِيعِ ، وهو السُّدْسُ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ شَرِيكُه فى شُفْعَتِه ، ويَأْخُذُ نِصْفَه مِن المُشْتَرِى الأوَّلِ ، ونِصْفَه مِن المُشْتَرِى الثانى ؛ لأنَّ شَرِيكَه لمّا اشْتَرَى الثُّلُثَ كان بينَهما نِصْفَيْن ، لكلِّ واحِدٍ منهما السُّدْسُ ، فإذا باعَ الثُّلُثَ مِن جَمِيعِ ما فى يَدِه ، وفى يَدِه ثُلُثان ، فقد باعَ نِصْفَ ما فى يَدِه ، والشَّفِيعُ يَسْتَحِقُّ رُبْعَ ما فى يَدِه ، وهو السُّدْسُ ، فصارَ مُنْقَسِمًا فى يَدَيْهما نِصْفَيْن ، فيَأْخُذُ مِن كلِّ واحِدٍ منهما نِصْفَه ، وهو نِصْفُ السُّدْسِ ، ويَدْفَعُ ثَمَنَه إلى الأوَّلِ ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى الثانى على الأوَّلِ برُبْعِ الثَّمَنِ الذى اشْتَرَى به ، وتكونُ المسألةُ مِنَ اثْنَىْ عَشَرَ ، ثم تَرْجِعُ إلى أرْبَعَةٍ ، للشَّفِيعِ نِصْفُ الدّارِ ، ولكلِّ واحِدٍ مِن الآخَرَيْن الرُّبْعِ . وإن أخَذَ بالعَقْدَيْن أخَذَ جَمِيعَ ما فى يَدِ الثانى ورُبْعَ ما فى يَدِ الأوَّلِ ،

الإنصاف

تجِبُ فيه الشُّفْعَةُ . اخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وبنَى المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والحارِثِىُّ ، وغيرُهم هذَيْن الوَجْهَيْن على الرِّوايتَيْن فى شِراءِ رَبِّ المالِ مِن مالِ المُضارَبَةِ . وتقدَّم الخِلافُ فى ذلك ، وأنَّ الصَّحيحَ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا[1] يصِحُّ ، فى بابِ المُضارَبَةِ .

---

(١) سقط من : ط .

الشرح الكبير فصارَ له ثَلاثةُ أرْباعِ الدّارِ ، ولشَريكِه [١٤٧/٥ ظ] الرُّبْعُ ، ويَدْفَعُ إلى الأوَّلِ نِصْفَ الثَّمَنِ الأوَّلِ ، ويَدْفَعُ إلى الثانى ثلاثةَ أرْباعِ الثَّمَنِ الثانى ، ويَرْجِعُ الثانى على الأوَّلِ برُبْعِ الثَّمَنِ الثانى ؛ لأنه يَأْخُذُ نِصْفَ ما اشْتَراه الأوَّلُ ، وهو السُّدْسُ ، فيَدْفَعُ إليه نِصْفَ الثَّمَنِ ؛ لذلك ، وقد صار نِصْفُ هذا النِّصْفِ فى يَدِ الثانى ، وهو رُبْعُ ما فى يَدِه ، فيَأْخُذُه منه ، ويَرْجِعُ الثانى على الأوَّلِ بثَمَنِه ، وبَقِىَ المَأْخوذُ مِن الثانى ثَلاثةَ أرْباعِ ما اشْتَراه ، فأخَذَها منه ، ودَفَع إليه ثلاثةَ أرْباعِ الثَّمَنِ . وإن كان المُشْتَرِى الثانى هو البائِعَ الأوَّلَ ، فالحُكْمُ على ما ذَكَرْنا ، لا يَخْتَلِفُ . وإن كانتِ الدّارُ بينَ الثلاثةِ أرْباعًا ، لأحَدِهم نِصْفُها وللآخَرَيْن نِصْفُها بينَهما ، فاشْتَرَى صاحِبُ النِّصْفِ مِن أحَدِ شَرِيكَيْه رُبْعَه ، ثم باعَ رُبْعًا مِمّا فى يَدِه لأجْنَبِىٍّ ، ثم عَلِم شَرِيكُه فأخَذَ بالبَيْعِ الثانى ، أخَذَ جَمِيعَه ، ودَفَع إلى المُشْتَرِى ثَمَنَه . وإن أخَذَ بالبَيْعِ الأوَّلِ وحدَه ، أخَذَ ثُلُثَ المَبِيعِ ، وهو نِصْفُ سُدْسٍ ؛ لأنَّ المَبِيعَ كلَّه رُبْعٌ ، فثُلُثُه نِصْفُ سُدْسٍ ، ويَأْخُذُ ثُلُثَيْه مِن المُشْتَرِى الأوَّلِ ، وثُلُثَه مِن الثانى ، ومَخْرَجُ ذلك مِن سِتَّةٍ وثَلاثِينَ ، النِّصْفُ ثَمانِيَةَ عَشَرَ ، ولكلِّ واحِدٍ منهما تِسْعَةٌ ، فلما اشْتَرَى صاحِبُ النِّصْفِ تِسْعَةً ، كانت شُفْعَتُها بينَه وبينَ شَرِيكِه الذى لم يَبِعْ أثْلاثًا ، لشَرِيكِه ثُلُثُها ثَلاثةٌ ، فلما

الإنصاف **فوائد** ؛ إحْداها ، لو بِيعَ شِقْصٌ مِن شَرِكَةِ مالِ المُضارَبَةِ ، فللعامِلِ الأخْذُ بها إذا كان الحَظُّ فيها ، فإنْ ترَكَها ، فلرَبِّ المالِ الأخْذُ ؛ لأنَّ مالَ المُضارَبَةِ مِلْكُه ، ولا ينْفُذُ عَفْوُ العامِلِ . ولو كان العَقارُ لثَلاثَةٍ ، فقارَضَ أحدُهم أحَدَ شَرِيكَيْه بألْفٍ ،

الشرح الكبير

باعَ صاحِبُ النِّصْفِ ثُلُثَ ما فى يَدِه ، حَصَل فى المَبِيع مِن الثلاثةِ ثُلُثُها ، وهو سَهْمٌ ، بَقِىَ فى يَدِ البائِع منها سَهْمان ، فتُرَدُّ الثلاثةُ إلى الشَّرِيكِ ، يَصِيرُ فى يَدِه اثْنا عَشَرَ ، وهى الثُّلُثُ ، ويَبْقَى فى يَدِ المُشْتَرِى الثانى ثَمانِيَةٌ ، وهى تُسْعانِ ، وفى يَدِ صاحِبِ النِّصْفِ سِتَّةَ عَشَرَ ، وهى أرْبعةُ أتْساعٍ ، ويَدفَعُ الشَّرِيكُ الثَّمَنَ إلى المُشْتَرِى الأوَّلِ ويَرْجِعُ المُشْتَرِى الثانى عليه بتُسْعِ الثَّمَنِ الذى اشْتَرَى به ؛ لأنَّه قد أخَذَ منه تُسْعَ مَبِيعِه ، وإن أخَذَ بالعَقْدَيْن ، أخَذَ مِن الثانى جَمِيعَ ما فى يَدِه ، وأخَذَ مِن الأوَّلِ نِصْفَ التُّسْعِ ، وهى سَهْمانِ مِن سِتَّةٍ و ثَلاثِينَ ، فيَصِيرُ فى يَدِه عشرُونَ سَهْمًا ، وهى خَمْسَةُ أتْساعٍ [١٤٨/٥ و] ويَبْقَى فى يَدِ الأوَّلِ سِتَّةَ عَشَرَ سَهْمًا ، وهى أرْبَعَةُ أتْساعٍ ، ويَدْفَعُ إليه ثُلُثَ الثَّمَنِ الأوَّلِ ، ويَدْفَعُ إلى الثانى ثَمانِيَةَ أتْساعِ الثَّمَنِ الثانى ، ويَرْجِعُ الثانى على الأوَّلِ بتُسْعِ الثَّمَنِ الثانى .

الإنصاف

فاشْتَرَى به نِصْفَ نَصِيبِ الثَّالثِ ، فلا شُفْعَةَ فيه ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّ أحَدَهما مالِكُ المالِ ، والآخَرَ عامِلٌ فيه ، فهُما كشَرِيكَيْن فى مُشاعٍ ؛ لايَسْتَحِقُّ أحدُهما على الآخَرِ شُفْعَةً . ذكَرَه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحارِثِىِّ » . قلتُ : وهذا هو الصَّوابُ . والوَجْهُ الآخَرُ ، فيه الشُّفْعَةُ . قالوا : ولو باعَ الثَّالثُ بقِيَّةَ نَصِيبِه لأجْنَبِىٍّ ، ثبَتَتِ الشُّفْعَةُ بينَهم أخماسًا ؛ للمالِكِ خُمْساها ، وللعامِلِ مِثْلُه ، ولمالِ المُضارَبَةِ خُمْسُها بالسُّدْسِ الذى له ؛ جَعْلًا لمالِ المُضارَبَةِ كشَرِيكٍ آخَرَ . الثَّانيةُ ، لو باعَ المُضارِبُ مِن مالِ المُضارَبَةِ شِقْصًا فى شَرِكَةِ نَفْسِه ، لم يأْخُذْ بالشُّفْعَةِ ؛ لأنَّه منهم ، فأشْبَهَ الشِّراءَ مِن نفْسِه . ذكَرَه المُصَنِّفُ وغيرُه . الثَّالثةُ ، تثْبُتُ الشُّفْعَةُ للسَّيِّدِ على مُكاتَبِه . ذكَرَه القاضى ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُهما ؛

الشرح الكبير

فصل : إذا كانت دارٌ بينَ ثلاثةٍ ؛ لزَيْدٍ نِصْفُها ، ولعَمْرٍو ثُلُثُها ، ولبَكْرٍ سُدْسُها ، فاشْتَرَى بَكْرٌ مِن زَيْدٍ ثُلُثَ الدّارِ ، ثم باع عَمْرًا سُدْسَها ، و لم يَعْلَمْ عَمْرٌو بشِرائِه للثُّلُثِ ، ثم عَلِمَ ، فله المُطالَبَةُ بحَقِّه مِن شُفْعَةِ الثُّلُثِ ، وهو ثُلُثاه ، وهو تُسْعَا الدّارِ ، فيأْخُذُ مِن بَكْرٍ ثُلُثَىْ ذلك ، وقد حَصَلَ ثُلُثُه الباقِى فى يَدِه بشِرائِه للسُّدْسِ ، فيَفْسَخُ بَيْعَه فيه ، ويأْخُذُه بشُفْعَةِ البَيْعِ الأوَّلِ ، ويَبْقَى مِن بَيْعِه خَمْسَةُ أتْساعِه ، لزَيْدٍ ثُلُثُ شُفْعَتِه ، فتُقْسَمُ بينَهما أثلاثًا . وتَصِحُّ المسألةُ مِن مائةٍ واثْنَيْن وسِتِّين سَهْمًا ، الثُّلُثُ المَبيعُ أرْبَعَةٌ وخَمْسُونَ ، لعَمْرٍو ثُلُثاهَا بشُفْعَتِه سِتَّةٌ وثَلاثُونَ سَهْمًا ، يَأْخُذُ ثُلُثَيْها مِن بَكْرٍ ، وهى أرْبَعَةٌ وعِشْرُونَ سَهْمًا ، وثُلُثُها فى يَدِه اثْنا عَشَرَ سَهْمًا ، والسُّدْسُ الذى اشْتَراه سَبْعَةٌ وعِشْرُونَ سَهْمًا ، قد أخَذَ منها اثْنَىْ عَشَرَ بالشُّفْعَةِ ، بَقِىَ منها خَمْسَةَ عَشَرَ ، له ثُلُثاها عَشَرَةٌ ، ويَأْخُذُ منها زَيْدٌ خَمْسَةً ، فحَصَلَ لزَيْدٍ اثْنانِ وثَلاثُونَ سَهْمًا ، ولبَكْرٍ ثَلاثُونَ سَهْمًا ، ولعَمْرٍو مائةُ سَهْمٍ ، وذلك نِصْفُ الدّارِ وتُسْعُها ونِصْفُ تُسْعِ تُسْعِها ،

الإنصاف

لأنَّ السَّيِّدَ لا يَمْلِكُ ما فى يَدِه ، ولا يُزَكِّيه ، ولهذا جازَ أنْ يشْتَرِىَ منه . وأمَّا العَبْدُ المأْذُونُ له ؛ فإنْ كان لادَيْنَ عليه ، فلا شُفْعَةَ بحالٍ لسَيِّدِه ، وإنْ كان عليه دَيْنٌ ، فالشُّفْعَةُ عليه تَنْبَنِى على جَوازِ الشِّراءِ منه ، على ما تقدَّم فى أَواخِرِ الحَجْرِ . واللهُ أعلمُ بالصَّوابِ . وتقدَّم أخْذُ المُكاتَبِ ، والعَبْدِ المأْذُونِ له بالشُّفْعَةِ ، قبلَ قوْلِه : فإنْ كانا شَفِيعَيْن ، فالشُّفْعَةُ بينَهما .

الشرح الكبير

ويَدْفَعُ (١عَمْرٌو إلى بَكْرٍ١) ثُلُثَى الثَّمَنِ فى البَيْعِ الأوَّلِ ، وعلى زَيْدٍ خَمْسَةُ أتْساعِ الثَّمَنِ الثانى بينَهما أثْلاثًا . فإن عَفَا عَمْرٌو عن شُفْعَةِ الثُّلُثِ ، فشُفْعَةُ السُّدْسِ الذى اشْتَراه بينَه وبينَ زَيْدٍ أثلاثًا ، ويَحْصُلُ لعَمْرٍو أرْبَعَةُ أتْساعِ الدّارِ ، ولزَيْدٍ تُسْعاها ، ولبَكْرٍ ثُلُثُها ، وتَصِحُّ مِن تِسْعَةٍ . وإن باعَ بَكْرٌ السُّدْسَ لأجْنَبِىٍّ فهو كبَيْعِه إيّاه لعَمْرٍو ، إلَّا أنَّ لعَمْرٍو العَفْوَ عن شُفْعَتِه فى السُّدْسِ ، بخِلافِ ما إذا كان هو المُشْتَرِىَ ، فإنَّه لا يَصِحُّ عَفْوُه عن نَصِيبِه منها . وإن باعَ بَكْرٌ الثُّلُثَ لأجْنَبِىٍّ ، فلعَمْرٍو ثُلُثَا شُفْعَةِ المَبِيعِ الأوَّلِ وهو التُّسْعانِ ، يَأْخُذُ ثُلُثَهُما مِن بَكْرٍ وثُلُثَيْهما [٥/١٤٨ و] مِن المُشْتَرِى الثانى ، وذلك تُسْعٌ وثُلُثُ تُسْعٍ ، يَبْقَى فى يَدِ الثانى سُدْسٌ وسُدْسُ تُسْعٍ ، وهو عَشَرَةٌ مِن أرْبَعَةٍ وخَمْسِينَ بينَ عَمْرٍو وزَيْدٍ أثلاثًا ، وتَصِحُّ أيضًا مِن مائةٍ واثْنَيْن وسِتِّينَ ، ويَدْفَعُ عَمْرٌو إلى بَكْرٍ ثُلُثَىْ ثَمَنِ مَبِيعِه ، ويَدْفَعُ هو وزَيْدٌ إلى المُشْتَرِى الثانى ثَمَنَ خَمْسَةِ أتْساعِ مَبِيعِه بيْنَهما أثلاثًا ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى الثانى على بَكْرٍ بثَمَنِ أرْبَعَةِ أتْساعِ مَبِيعِه . وإن لم يَعْلَمْ عَمْرٌو حتى باعَ مِمّا فى يَدَيْه سُدْسًا ، لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه فى أحَدِ الوجوه ، وله أن يَأْخُذَ بها كما لو لم يَبِعْ شيئًا . والثانى ، تَبْطُلُ شُفْعَتُه كلُّها . والثالثُ ، تَبْطُلُ فى قَدْرِ ما باعَ ، وتَبْقَى فيما لم يَبِعْ . وقد ذَكَرْنا تَوْجِيهَ هذه الوُجُوهِ . فأمّا شُفْعَةُ ما باعَه ، ففيها ثلاثةُ أوْجُهٍ ؛ أحَدُها ، أنها بينَ المُشْتَرِى الثانى وزَيْدٍ

(١ - ١) فى م : « بكر إلى عمرو » .

الشرح الكبير

وبَكْرٍ أرْباعًا ، للمُشْتَرِى نِصْفُها ، ولكلِّ واحِدٍ منهما[1] رُبْعُها ، على قَدْرِ أمْلاكِهم حينَ بَيْعِه . والثانى ، أنَّها بينَ زَيْدٍ وبَكْرٍ على أرْبَعَةَ عَشَرَ سَهْمًا ، لزَيْدٍ تِسْعَةٌ ، ولبَكْرٍ خَمْسَةٌ ؛ لأنَّ لزَيْدٍ السُّدْسَ ، ولبَكْرٍ سُدْسٌ يَسْتَحِقُّ منه أرْبَعَةَ أتْساعِه بالشُّفْعَةِ ، فيَبْقَى معه خَمْسَةُ أتساعِ السُّدْسِ مِلْكُه مُسْتَقِرٌّ عليها ، فأضَفْناه[2] إلى سُدْسِ زَيْدٍ ، وقَسَمْنا الشُّفْعَةَ على ذلك ، ولم نُعْطِ المُشْتَرِىَ الثانىَ ولا بَكْرًا بالسِّهامِ المُسْتَحَقَّةِ بالشُّفْعَةِ شيئًا ؛ لأنَّ المِلْكَ عليها غيرُ مُسْتَقِرٍّ . والثالثُ ، إن عَفَا لهم عن الشُّفْعَةِ اسْتَحَقُّوا بها ، وإن أُخِذَتْ بالشُّفْعَةِ لم يَسْتَحِقُّوا بها شيئًا ، وإن عَفَا عن بعضِهم دُونَ بعضٍ ، اسْتَحَقَّ المَعْفُوُّ عنه بسِهَامِه دُونَ غيرِ المَعْفُوِّ عنه . وما بَطَلَتِ الشُّفْعَةُ فيه ببَيْعِ عَمْرٍو ، فهو بمَنْزِلَةِ المَعْفُوِّ عنه ، فيُخَرَّجُ فى قَدْرِه وَجْهانِ . ولو اسْتَقْصَيْنا فُرُوعَ هذه المسألةِ على سَبيلِ البَسْطِ ، لطَالَ ، وخَرَجَ إلى الإمْلالِ .

فصل : إذا كانت دارٌ بينَ أرْبَعَةٍ أرْباعًا ، فاشْتَرَى اثْنانِ منهم نَصِيبَ أحَدِهم ، اسْتَحَقَّ الرّابعُ الشُّفْعَةَ عليهما ، واسْتَحَقَّ كلُّ واحِدٍ مِن المُشْتَرِيَيْن الشُّفْعَةَ [٥/١٤٨ ظ] على صاحِبه . فإن طالَبَ كلُّ واحِدٍ منهم بشُفْعَتِه ، قُسِمَ المَبِيعُ بينَهم أثلاثًا ، وصارتِ الدّارُ بينَهم كذلك ، وإن عَفَا الرّابعُ وحدَه ، قُسِمَ المَبِيعُ بينَ المُشْتَرِيَيْن نِصْفَيْن . وكذلك إن عَفَا الجَمِيعُ عن

الإنصاف ....

(١) فى م : « منهم » .
(٢) فى م : « فأضفناها » .

الشرح الكبير

شُفْعَتِهم ، فيَصِيرُ لهما ثلاثةُ أرْباعِ الدّارِ ، وللرّابعِ الرُّبْعُ بحالِه . وإن طالَبَ الرابعُ وحدَه ، أخَذَ منهما نِصْفَ المَبيعِ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما له مِن المِلْكِ مثلُ ما للمُطالِبِ ، فشُفْعَةُ مَبيعِه بينَه وبينَ شَفِيعِه نِصْفَيْن ، فيَحْصُلُ للرّابعِ ثلاثةُ أثْمانِ الدّارِ ، وباقِيها بينَهما نِصْفَيْن ، وتَصِحُّ مِن سِتَّةَ عَشَرَ . وإن طالَبَ الرابعُ وحدَه أحَدَهُما دُونَ الآخَرِ ، قاسَمَه الثَّمَنَ نِصْفَيْن ، فيَحْصُلُ للمَعْفُوِّ عنه ثلاثةُ أثْمانٍ ، والباقِي بينَ الرابعِ والآخَرِ نِصْفَيْن ، وتَصِحُّ مِن سِتَّةَ عَشَرَ . وإن عَفَا أحَدُ المُشْتَرِيَيْن ولم يَعْفُ الآخَرُ ولا الرابعُ ، قُسِمَ مَبيعُ المَعْفُوِّ عنه بينَه وبينَ الرابعِ نِصْفَيْن ، ومَبيعُ الآخَرِ بينَهم أثلاثًا ، فيَحْصُلُ للذى لم يَعْفُ عنه رُبْعٌ وثُلُثُ ثُمْنٍ ، وذلك سُدْسٌ وثُمْنٌ ، والباقِي بينَ الآخَرَيْن نِصْفَيْن ، وتَصِحُّ مِن ثَمانِيَةٍ وأرْبَعِينَ . وإن عَفَا الرابعُ عن أحَدِهما ، ولم يَعْفُ أحَدُهما عن صاحِبِه ، أخَذَ مِمَّن لم يَعْفُ عنه ثُلُثَ الثَّمَنِ ، والباقِي بينَهما نِصْفَيْن ، ويكونُ الرابعُ كالعافِي فى التى قبلَها ، وتَصِحُّ أيضًا مِن ثَمانِيَةٍ وأرْبَعِينَ . وإن عَفَا الرابعُ ، وأحَدُهما عن الآخَرِ ، ولم يَعْفُ الآخَرُ ، فلغيرِ العافِي رُبْعٌ وسُدْسٌ ، والباقِي بينَ العافِيَيْن نِصْفَيْن ، لكلِّ واحِدٍ منهما سُدْسٌ وثُمْنٌ ، وتَصِحُّ مِن أرْبَعَةٍ وعِشْرِينَ ، وما يُفَرَّعُ مِن المَسائِلِ ، فهو على سِياقِ[1] ما ذَكَرْناه .

الإنصاف ....

(١) فى م : « مساق » .

فهرس الجزء الخامس عشر
من الشرح الكبير والإنصاف

الصفحة

باب السبق

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

كتاب العاريّة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

كتاب الغصب

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

آخر الجزء الخامس عشر

ويليه الجزء السادس عشر ، وأوله :

باب الوديعة

والْحَمْدُ لِلّهِ حَقَّ حَمْدِهِ

رقم الإيداع ١٩٩٥/٧٣٤٣ م
I.S.B.N : 977 – 256 – 119 – 0

هجر

للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر – المهندسين – جيزة
☎ ٣٤٥٢٥٧٩ – فاكس ٣٤٥١٧٥٦
المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل
أرض اللواء – ☎ ٣٤٥٢٩٦٣
ص . ب ٦٣ إمبابة